

DIE GEWERBEUNTERSAGUNG
IN DER SYSTEMATIK DES DEUTSCHEN GEWERBERECHTS

VON

UTA SCHÜLER

1965

DIE GEWERBEUNTERSAGUNG
IN DER SYSTEMATIK DES DEUTSCHEN GEWERBERECHTS

Dissertation,

vorgelegt der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz

von

UTA SCHÜLER

Baden-Baden

1965

Erstberichterstatter: Professor Dr. Hubert Armbruster

Zweitberichterstatter: Professor Dr. Antonio Montaner

Tag der mündlichen Prüfung: 21. Dezember 1965



Gesamtherstellung: Ditters Bürodienst Mainz
Steingasse 19

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
Einleitung	1
 I. HISTORISCHER TEIL	
1. Kapitel:	
Die Gewerbeuntersagung zur Zeit der Zünfte	
§ 1 Historischer Abriß des Zunftwesens	2
§ 2 Zur sozialen Funktion der Zünfte	6
1. Die libertäre Funktion der Zünfte	6
2. Die sekuritäre Funktion der Zünfte	6
3. Die reaktionäre Funktion der Zünfte	6
§ 3 Die zunftfeindlichen Mächte der Neuzeit	7
1. Absolutismus und Merkantilismus	7
2. Frühkapitalismus und Frühindustrialismus	8
3. Physiokratentum und Liberalismus	9
 2. Kapitel:	
Die Gewerbeordnungen des 19. Jahrhunderts	
§ 1 Die Durchsetzung der Gewerbefreiheit im ersten Drittel des 19. Jahrhunderts	9
1. Die Geschäftsinstruktion für die Preußischen Provinzialregierungen vom 26. Dezember 1808	9
2. Das Preußische Gewerbebesteuereidikt vom 2. November 1810	12
3. Das Preußische Gewerbepolizeigesetz vom 7. September 1811	12
4. Das Preußische Gewerbebesteuereidikt vom 30. Mai 1820 .	13
§ 2 Die Einschränkung der Gewerbefreiheit im zweiten Drittel des 19. Jahrhunderts	13
1. Die Allgemeine Gewerbeordnung für Preußen von 1845	13
2. Die Preußische Notverordnung von 1849	14

§ 3 Die Wiedereinführung der Gewerbefreiheit im letzten Drittel des 19. Jahrhunderts	15
1. Die Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund von 1869	15
2. Der Untersagungstatbestand des § 35	18
a) Das Gewerbe der Tanz-, Turn- und Schwimmlehrer	20
b) Der Trödelhandel und der Kleinhandel mit Textilresten, das Pfandleihgewerbe	22
c) Das Gewerbe der Gesindevermieter	25
§ 4 Die Änderungen des § 35 GewO	26
1. Das Gesetz vom 23.7.1879	27
2. Das Gesetz vom 1.7.1883	27
3. Die Gesetzesänderungen nach 1881	30
4. Würdigung der Änderung von 1883	30

3. Kapitel:

Niedergang und Wiederbelebung des Gewerbe- rechts im 20. Jahrhundert

§ 1 Die Zeit vom Ersten Weltkrieg bis 1945	34
1. Das Entstehen gewerberechtlicher Sondergesetze	35
2. Die Aushöhlung des Prinzips der Gewerbefreiheit	37
3. Die gewerberechtlichen Verhältnisse nach 1945	39
4. Der Einfluß der amerikanisch besetzten Zone auf die Entwicklung des Gewerberechts	39
§ 2 Der Einfluß des Grundgesetzes auf die gewerberechtliche Entwicklung	41
1. Die Gewerbefreiheit und das Grundgesetz	41
2. Die Neufassung des § 35 GewO	42

II. DOGMATISCHER TEIL

Einleitung	45
1. Kapitel:	
Der systematische Ort und der sachliche Anwendungsbereich des § 35 GewO	
§ 1 Der systematische Ort des § 35 in der Gewerbeordnung ...	47
1. Die stehenden Gewerbe	47
2. Die nicht stehenden Gewerbe	47
§ 2 Die Anwendung des § 35 im Verhältnis zu gewerberech-	
tlichen Sondergesetzen, § 35 Abs.8 S.1	50
§ 3 Die Anwendung des § 35 im Falle strafgerichtlicher Unter-	
sagung, § 35 Abs.8 S.2	51
1. Das Berufsverbot nach § 42 I StGB	52
2. Die Rechtslage seit dem Inkrafttreten des vierten	
Änderungsgesetzes zur Gewerbeordnung	54
§ 4 Die Anwendung des § 35 im Verhältnis zu gewerbe-	
rechtlichen Nebengesetzen	62
1. Die Handwerksordnung	62
2. Das Einzelhandelsgesetz	62
§ 5 Die Erstreckung von § 35 auf Genossenschaften und über	
§ 6 S.2 GewO nicht der Gewerbeordnung unterworfenen	
Tätigkeiten, § 35 Abs.9	63
§ 6 Das Verhältnis von § 35 zu allgemeinen polizeilichen	
Vorschriften	64
§ 7 Die Vereinbarkeit von § 35 mit Art.12 GG	71
§ 8 Der Ausschluß der Rückwirkung	74
§ 9 Gewerbeuntersagung kraft Verwirkung ?	75

2. Kapitel:

Die Voraussetzungen der Gewerbeuntersagung

A. Die tatsächlichen Erfordernisse der Gewerbeuntersagung ..	76
§ 1 Das Erfordernis des bereits ausgeübten Gewerbebetriebs	76
1. Der repressive Charakter der Gewerbeuntersagung	76
2. Der tatsächliche Charakter der Gewerbeuntersagung ..	78
§ 2 Das Erfordernis des noch ausgeübten Gewerbebetriebs	79
1. Die ausstehende Einstellung des Gewerbebetriebs	80
2. Die vorübergehende Behinderung der Gewerbeausübung	80
3. Die Scheinübertragung	80
4. Die Übergabe des Gewerbebetriebs	80
B. Die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen des § 35 Abs.1 GewO	81
§ 1 Die Unzuverlässigkeit	81
1. Der Begriff der Unzuverlässigkeit	81
2. Andere Anknüpfungsmöglichkeiten	82
a) Das Bedürfnis	82
b) Die mangelnde Sachkunde	82
3. Kritische Würdigung	83
4. Die Rechtsnatur der Unzuverlässigkeit	88
5. Die Auslegung des Begriffes der Unzuverlässigkeit ...	88
a) Allgemeines	88
b) Die Unzuverlässigkeit als relativer Begriff	89
c) Der Wandel des Begriffsinhalts der Unzuverlässig- keit	89
d) Verschiedene Aspekte der Unzuverlässigkeit	91
i) Die sittliche Unzuverlässigkeit	91
ii) Die berufliche Unzuverlässigkeit	91
iii) Die finanzielle Unzuverlässigkeit	92
iv) Die mangelnde Sachkunde	93
v) Die sozialversicherungsrechtliche Unzu- verlässigkeit	95
vi) Die steuerrechtliche Unzuverlässigkeit ...	97

vii) Die politische Unzuverlässigkeit	100
viii) Die konfessionelle Unzuverlässigkeit	101
ix) Die Unzuverlässigkeit wegen der Zugehörig- keit zu einer bestimmten Rasse	101
x) Die Unzuverlässigkeit dritter Personen ...	102
xi) Die Unzuverlässigkeit beim Gewerbebetrieb in der Form juristischer Person und Personal- gesellschaft	103
§ 2 Die Rechtsgütergefährdung	104
§ 3 Die Erforderlichkeit und der Grundsatz der Verhältnis- mäßigkeit	106
 3. Kapitel:	
Die Gewerbeuntersagung	
§ 1 Der Adressat der Gewerbeuntersagung	108
§ 2 Der Inhalt der Gewerbeuntersagung	108
1. Teilweise Untersagung	109
2. Die Gewerbeuntersagung auf Zeit	109
§ 3 Die Fortführung des Gewerbebetriebs durch einen Stellvertreter, § 35 Abs.2	109
§ 4 Die Wiedergestattung	111
§ 5 Die Wirkungen der Gewerbeuntersagung	114
§ 6 Der Rechtsanspruch auf Gewerbeuntersagung	115
 4. Kapitel:	
Das Verfahren	
§ 1 Die Zuständigkeit für die nach § 35 GewO zu treffenden Maßnahmen	116
§ 2 Die Ermittlung des Sachverhaltes und die Einleitung der Untersagung	118
§ 3 Die Anhörung der in § 35 Abs.4 angeführten Stellen	119
§ 4 Das Zwangsverfahren nach § 35 Abs.5	121

§ 5 Die Rechtsbehelfe des Betroffenen	122
1. Die Rechtsnatur der Gewerbeuntersagung	122
2. Der Rechtsschutz des Betroffenen durch die Verwaltungsgerichtsordnung	122
3. Der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage	122

III. KRITISCHER TEIL

Einleitung	124
------------------	-----

1. Kapitel:

Die Wirklichkeitsanalyse

§ 1 Die politische Wirklichkeit	125
1. Die politische Praxis	125
2. Die politischen Zielsetzungen	126
§ 2 Die soziale Wirklichkeit	127
1. Die Wirtschaftsordnung	127
2. Die Gesellschaftsordnung	128
§ 3 Die juristische Wirklichkeit	129
1. Der Rechtstatsachenbereich	129
2. Der administrative Bereich	131
3. Die gerichtlichen Entscheidungen	131

2. Kapitel:

Die Dogmatikanalyse

§ 1 Die Anwendung und Begrifflichkeit der Gewerbeordnung ..	133
§ 2 Die Praktikabilität und Bewährung von § 35 GewO	134
§ 3 Die Unzuverlässigkeit und Gefährdung in ihrem gegenseitigen Verhältnis	135
§ 4 Die Generalität und Kasuistik der Gewerbeuntersagung ...	137
§ 5 Schluß	139

Anhänge

LITERATURVERZEICHNIS

- I. Systematische Werke, Monographien, Textausgaben, Kommentare
- BACHOF, O.: Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes. 2. Aufl., Tübingen 1963
- BALLWEG, O.: "Science, Prudence et Philosophie du Droit" in : Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie LI, 1965, Heft 4, S. 543-560
- BECKER, H.: Soziologie als Wissenschaft vom sozialen Handeln. Auf der Grundlage einer Übersetzung von H. Viebrock. Bearbeitet und herausgegeben von B. Holzner. Würzburg 1959. Am. Titel: Through Values to Social Interpretation, 1950
- BIETENHOLZ, W.: Gewerbeschutz im Verhältnis zur Handels- und Gewerbe-freiheit. Diss. iur. Zürich 1945
- BOLDT, G.: Gewerbeordnung und Gewerberechtliche Nebengesetze. Textsammlung mit Anmerkungen und Hinweisen, 3. Aufl., Münster 1961
- v. BRAUCHITSCH, M.: Verwaltungsgesetzgebung des Bundes und der Länder, Bd. VII, 1. Halbbd. Neu hrsg. von C. H. Ule. Unter der Gesamtleitung von W. Reuss. Bearbeiter von § 35 GewO: F. Janssen. Köln, Berlin, Bonn, München 1963
- EYERMANN, E., und FRÖHLER, L.: Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar, 2. Aufl., München und Berlin 1960
- FLEINER, F.: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., Tübingen 1928
- FUHR, E.: Kommentar zur Gewerbeordnung, Loseblattausgabe, Neuwied. Stand vom Juli 1965
- GEBHARDT, B.: Handbuch der Deutschen Geschichte, Bd. 2. Von der Reformation bis zum Ende des Absolutismus, 16. bis 18. Jhdt. Hrsg. von H. Grundmann. 8. Aufl., Stuttgart 1955
- GEIGER, Th.: Die Klassengesellschaft im Schmelztiegel. Köln 1949

- GEIGER, Th.: Arbeiten zur Soziologie. Methode, Moderne Großgesellschaft, Rechtssoziologie, Ideologiekritik. Neuwied 1962
- v. GIERKE, O.: Das Deutsche Genossenschaftsrecht, 1.Bd. Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft. Univ. Neudruck der 1. Aufl. (1868), Darmstadt 1954
- GUTERSOHN, A.: Das Gewerbe in der freien Marktwirtschaft. Bd.I. Das Wesen des Gewerbes und die Eigenart seiner Leistungen. Zürich und St.Gallen 1954
- HARRES, W.: Beitrag zur Besprechung der gewerblichen Zeitfrage. Darmstadt 1848
- HAUSHOFER, M.: Das Deutsche Klein Gewerbe in seinem Existenzkampf gegen die Großindustrie. In: Deutsche Zeit- und Streitfragen, Heft 209 - 224. Berlin 1885
- HOMBURGER, E.: Handels- und Gewerbefreiheit und Vertragsfreiheit. Aarau 1948
- HUBER, E.R.: Wirtschaftsverwaltungsrecht. 2.Aufl., Tübingen 1953
- KAPPE, D.: Die gewerbliche Mittelschicht in der Industriegesellschaft, in: Gegenwartskunde, H.4, 1964, S.377 ff.
- KIENZLE, W.: Die Gewerbeuntersagung nach § 35 der Gewerbeordnung. Berlin und Frankfurt 1965
- KOLAKOWSKI, L.: Der Mensch ohne Alternative. Von der Möglichkeit und Unmöglichkeit, Marxist zu sein. München 1961
- KRAFT, H.: Die Entwicklung des Zunftwesens und die geistesgeschichtlichen Grundlagen der Gewerbefreiheit, in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, hrsg. von F.Böhm, W.Grewe, W.Hoffmann, M.Sauermann. Bd.106, Tübingen 1950
- KÜNG, E.: Der Interventionismus. Berlin 1941
- LANDMANN-ROHMER: Kommentar zur Gewerbeordnung. 10.Aufl., München und Berlin 1952
- LANDMANN-ROHMER: Kommentar zur Gewerbeordnung. Neubearbeitet von E.Eyermann und L.Fröhler, 12.Aufl., München und Berlin. Loseblattausgabe. Stand vom Juli 1965

- LANGE, H.: Das Verbot der Berufsausübung im Mittelalter. Ein Beitrag zur Geschichte des Ständestrafrechts. Weimar 1940
- LOENING, E.: Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, Leipzig 1884
- MASCHER, H.A.: Das Deutsche Gewerbewesen von der frühesten Zeit bis auf die Gegenwart, Potsdam 1866
- MAUNZ, Th.: Das Gewerberecht, in: Die Verwaltung, Bd.2, Heft 17
- MINDER, R.: Deutsche und Französische Literatur, in: Kultur und Literatur in Deutschland und Frankreich. Fünf Essays. Frankfurt a.M. 1962
- MOMBERT, P.: Geschichte der Nationalökonomie, Jena 1927
- NIESCHLAG, R.: Die Gewerbefreiheit im Handel, Köln und Opladen 1953
- REUSS, W.: Die Gewerbefreiheit, Stuttgart 1949
- v. ROHRSCHEIDT, K.: Die Gewerbeordnung für das Deutsche Reich, Berlin 1901
- v. ROHRSCHEIDT, K.: Vom Zunftzwang zur Gewerbefreiheit, Berlin 1898
- ROLFING-KISKALT-WOLFF: Handkommentar zur Gewerbeordnung, 3. Aufl., Berlin und Frankfurt 1961
- SCHELSKY, H.: Auf der Suche nach Wirklichkeit. Gesammelte Aufsätze. Köln, Düsseldorf 1965
- SCHÖNKE-SCHRÖDER: Kommentar zum Strafgesetzbuch. Begründet von A.Schönke, fortgeführt von H.Schröder, 11. Aufl., München und Berlin 1963
- TOPITSCH, E.: Über Leerformeln. In: Probleme der Wissenschaftstheorie. Festschrift für Victor Kraft. Wien 1960
- TUCHTFELDT, E.: Gewerbefreiheit als wirtschaftspolitisches Problem. (Volkswirtschaftliche Schriften. Heft 18). Berlin 1955
- TUCHTFELDT, E.: Gewerbefreiheit, in: Handwörterbuch der Sozialwissenschaften. IV.Bd. Stuttgart, Tübingen, Göttingen 1965, S.502-507
- UBER, G.: Freiheit des Berufs. Artikel 12 des Grundgesetzes. Hamburg 1952
- VIEHWEG, Th.: Über den Zusammenhang zwischen Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtsdogmatik, in: Estudios Juridico-Sociales. Homenaje al Profesor Luis Legaz y Lacambra. Santiago de Compostela 1960, Bd.I, S. 203 ff.

WACKE, G.: Allgemeines Polizeirecht, 7. Aufl. des von B. Drews begründeten Leitfadens. Berlin, Köln, München, Bonn 1961

WAENTIG, H., in: Die Entwicklung der Volkswirtschaftslehre im 19. Jahrhundert. Gustav Schmoller zur siebenzigsten Wiederkehr seines Geburtstags, 24. Juni 1908, 2. Teil, Leipzig 1908, XXI "Die Gewerbepolitischen Anschauungen in Wissenschaft und Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts"

v. WEBER, H.: Das Gewerbe- und Berufsverbot als Mittel der Kriminalpolitik. In: Prager Festschrift für Mlýčka, Prag 1933

WESSELS, Th.: Gewerbepolitik, in: Handwörterbuch der Sozialwissenschaften. IV. Bd. Stuttgart, Tübingen, Göttingen 1965, S. 507-533

II. Entscheidungs- und Gesetzessammlungen

Deutsches Gewerbearchiv (bis einschließlich Bd.35), begründet von
K. v. Rohrscheidt, hrsg. von W.Hoche und E.Michel (mit Lobe und
Graeber) Berlin (zit.: GewArch.)

Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts (zit.: OVG)

Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages des Nord-
deutschen Bundes von 1868, 1869, und über die Verhandlungen des
Reichstages von 1883, 1890/91, 1892/93, 1905/06, 1907/08

Verhandlungen des Deutschen Bundestages, Bde. 15, 22, 24, 45, 57, 64

Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland, Sammlung oberstrichterlicher
Entscheidungen aus dem Verfassungs- und Verwaltungsrecht, hrsg. von
Ziegler, München und Berlin (zit.: VRspr.)

III. Zeitschriften

Bayerische Verwaltungsblätter (neue Folge), hrsg. von Kratzer, Mang und Maunz. München (zit.: BVBl.)

Betriebsberater, hrsg. von Heimerich u.a., Heidelberg (zit.: BB)

Deutsche Verwaltungsblätter, hrsg. von Kollmann u.a., München und Berlin (zit.: DVBl.)

Gewerbearchiv, Zeitschrift für Verwaltungs- und Gewerberecht, hrsg. von Michel u.a., Berlin - Lichterfelde und Frankfurt a.M. (zit.: GewArch.)

Der Gerichtssaal, Zeitschrift für Zivil- und Militär-Strafrecht und Strafprozeßrecht, sowie die ergänzenden Disziplinen. Organ der Deutschen Strafrechtlichen Gesellschaft. Hrsg. von F.Oetker u.a., Bd.105, Stuttgart 1935

Monatsschrift für Deutsches Recht, hrsg. von Mittelstein u.a., Hamburg (zit.: MDR)

Neue Juristische Wochenschrift, hrsg. von H.Dahs u.a., München und Berlin (zit.: NJW)

Öffentliche Verwaltung, hrsg. von Augustin u.a., Stuttgart und Köln (zit.: DÖV)

Reichsverwaltungsblatt, früher Preußisches Verwaltungsblatt, dann Reichs- und Preußisches Verwaltungsblatt, Berlin (zit.: RVBl.)

Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht, hrsg. vom Reichsminister H.Frank, München und Berlin, 5.Jahrg., 1938 (zit.: ZAkDR)

EINLEITUNG

Das Gewerberecht kannte bisher nur enumerative Untersagungsnormen. Das vierte Bundesgesetz zur Änderung der Gewerbeordnung vom 5.2.1960 hat ein Novum gebracht: § 35 ist eine generelle Untersagungsnorm (1).

Diese Generalklausel ist als Reaktion auf das nahezu lückenlose Zulassungssystem der Zeit von 1933 bis 1945 und der Nachkriegszeit zu verstehen. Ihre ratio legis bezieht diese Regelung aus der im Grundgesetz konzipierten Wirtschaftsverfassung, insonderheit aus dem Grundrecht der Berufsfreiheit, Art. 12 GG. Außerdem verlangt der heutige Stand von Wirtschaft und Technik die zeitgemäße Anpassung des überkommenen und in seiner Form und Sprache antiquierten § 35, hatte doch der Katalog der Gewerbearten trotz mehrfacher Änderungen und Ergänzungen des § 35 den wirtschaftlichen Anforderungen, den gewerblichen Bedürfnissen und den sozialen Gegebenheiten kaum mehr entsprochen (2). Nicht zuletzt erteilte der Gesetzgeber mit dieser neuen Vorschrift den verschiedenen Interessentengruppen eine Absage auf die vielfach vorgetragenen Berufsordnungswünsche, die sich auf Einführung neuer Zugangsbeschränkungen für verschiedene Gewerbebranchen richteten (3).

Die zu beobachtende Akzeleration im Ablauf gesellschaftlicher Prozesse, die mit der technischen Entwicklung gleichlaufende Mobilität innerhalb des sozialen Gefüges und die von einer wissenschaftlichen Zivilisation getragene Entfaltung der Industriegesellschaft aktualisieren das Interesse an den gesetzgeberischen Antworten auf den "challenge of social change" in unserer Zeit. Dieses Interesse wird sich gleichermaßen darauf richten, aus der wechselvollen Geschichte des Untersagungstatbestandes vor dem Hintergrund der jeweiligen wirtschaftlichen und sozialen Lage die genetische Analyse des Begriffs und seiner sozialen Funktion zu entfalten (Teil I), aus dieser historischen Aufbereitung den Rahmen für die Dogmenanalyse zu gewinnen (Teil II) und schließlich aus beidem die Brauchbarkeit und Bewährung der neuen Vorschrift der Kritik zu unterziehen (Teil III).

(1) BGBI. 60 I S. 61; ber. S. 92.

(2) Von dieser Erkenntnis ging bereits der Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Titel II - V der GewO vom 22.1.1930 aus. (RT-Drucks. Nr. 1579).

(3) Egon Tuchtfeldt, Gewerbefreiheit als wirtschaftspolitisches Problem (Volkswirtschaftliche Schriften, Heft 18), Berlin 1955, S. 76 ff.

I. HISTORISCHER TEIL

1. Kapitel: Die Gewerbeuntersagung zur Zeit der Zünfte

§ 1 Historischer Abriß des Zunftwesens

Die mittelalterliche Verfassung des Gewerbewesens, welche sich auf sämtliche Gewerbe- und Handwerksbetriebe erstreckte, galt bis in das frühe 19. Jahrhundert (1).

Es gab kein allgemeines Gewerberecht, das die Rechte und Pflichten der Gewerbetreibenden geregelt hätte; vielmehr wachte die Zunft über die entsprechende gewerbliche Tätigkeit. Ihre jeweiligen Rechte und Pflichten waren in Statuten niedergelegt, welche sich die Zünfte im Rahmen des Selbstverwaltungsrechts gaben. Die Zunft war die Trägerin einer alle Zünftigen umfassenden Rechtssphäre. "Durch Gewohnheit und Autonomie, durch Weistum und Beliebung bildete sie ein genossenschaftliches, von oben herab betätigtes und gehobenes Recht, einen Inbegriff in ihr geltender Satzungen aus." (2)

Die Möglichkeit, ein Gewerbe in Freiheit auszuüben, war durch die Bedingung der Zunftzugehörigkeit beschränkt. Dabei bildeten die Mitgliedschaft und das Recht zur Berufsausübung eine Einheit. Die Zünfte beschränkten jedoch nicht nur das Recht der Ausübung eines Gewerbes auf einen verhältnismäßig kleinen Personenkreis, sie auferlegten den Zunftangehörigen - nur solche waren ja Gewerbetreibende - bestimmte Arbeitsweisen. Insgesamt waren die Zunftgenossen auch in ihrem kollegialen Verhalten, in ihren beruflichen Beziehungen und Betätigungen strengen Bestimmungen unterworfen.

Auch von einem dem modernen Verständnis näherliegenden Standpunkt der Gewerbefreiheit her wird man die soziale Funktion des Zunftwesens nicht verkennen dürfen, die in der Garantie eines gleichmäßigen Ausbildungsganges, einer bestimmten Arbeitsqualität und in der kooperativen Struktur der Zünfte gegeben war, wobei die über die Zünfte hinauswirkenden sozialen und kommunalpolitischen Impulse ganz außer Betracht bleiben. Daß später gerade diese Garantien

(1) Noch in § 181 Teil II Titel 8 Preuß. ALR von 1794 heißt es: "Wo Zünfte sind, muß ein jeder, der in der Stadt ein zunftmäßiges Gewerbe treiben will, sich in dieselben aufnehmen lassen."

(2) O. von Gierke, Das Deutsche Genossenschaftsrecht, 1. Bd. Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft, Unv. Neudr. d. 1. Aufl. (1868), Darmstadt 1954, S. 396 f.

ihre soziale Funktion verloren und sich in ihrer technischen und sozialen Wirkung eher als hemmend erwiesen, wird nur denjenigen verwundern, dem das soziologische Phänomen nicht bekannt ist, daß eine in ihren Ursprüngen progressive Institution retardierend wirkt, wenn es nicht gelingt, die Änderungen der Institutionen mit den sich verändernden Zeiten zu synchronisieren.

Ebenso, wie die Zunft auf Grund des bestehenden Zunftzwanges über die Aufnahme eines Gewerbewilligen in die Zunft und damit über die Möglichkeit, ein Gewerbe oder Handwerk zu betreiben, entschied, stand es in ihrer Macht, dem Zunftmitglied durch Ausschluß aus dem Verbands das Recht zum Betrieb seines Handwerks oder Gewerbes abzuerkennen, denn da die Mitgliedschaft die Berufsberechtigung in sich einschloß, bedeutete der Ausschluß aus der Zunft den Verlust der Berufsberechtigung (1).

Verlust der Berufsberechtigung hieß aber für den Gewerbetreibenden sowohl Untersagung der persönlichen oder handwerklichen Tätigkeit wie Schließung des Betriebes. Erst später, mit der Durchsetzung der Gewerbefreiheit, wurden diese Folgen des Verlustes der Berufsberechtigung als zwei voneinander getrennte Strafen gehandhabt und auch begrifflich unterschieden.

Ein Berufsverbot, beziehungsweise eine Gewerbeuntersagung in der Form einer Verwaltungsmaßnahme, war im ständischen Recht der Zünfte unbekannt; es war vielmehr Ausfluß des ständischen Strafrechts und wohl - wie Lange (2) meint - die wichtigste Strafe des Ständestrafrechts. Infolge der sozialen wie allgemein politischen Bedeutung der Berufsstände spielte das Ständestrafrecht neben dem allgemeinen Strafrecht eine erhebliche, zwar oft unterschätzte Rolle. Schließlich verstärkten ständische Gesellschaftsstruktur und Staatsaufbau den Einfluß ständischer Rechtsformen auf das allgemeine Recht. Das Recht der Stände wirkte über diese selbst hinaus und auch öffentliche Gerichte wendeten es an.

Soweit in diesem Zusammenhang das Berufsverbot und die Gewerbeuntersagung als Strafen bezeichnet werden, ist der Begriff der Strafe im weitesten Sinne zu verstehen.

Die Berufs- und Gewerbeuntersagung war in erster Linie eine Folge der Verletzung von Standespflichten. Soweit es sich um Verstöße gegen die Standesehre handelte, hatte diese Maßnahme den Zweck, den Ehrlosen aus dem

-
- (1) H. Lange, Das Verbot der Berufsausübung im Mittelalter. Ein Beitrag zur Geschichte des Ständestrafrechts. Weimar 1940, S. 206.
 - (2) H. Lange, aaO, S. 208.

Stande auszuschließen. Sie bedeutete weniger poenale Strafe als soziale Diskriminierung. Sie konnte aber auch wegen Handlungen eintreten, welche weniger Verstöße gegen Pflichten und Ehre des Standes, sondern allgemeine Rechtsverstöße darstellten, die aber durch ihre Einordnung in das ständische Recht auch zu ständischen Pflichtverletzungen wurden. So konnte beispielsweise einen Handwerker wegen eines Diebstahls oder einer Körperverletzung eine berufsvernichtende Straffolge treffen (1).

Bei den Verletzungen der Standespflichten handelte es sich teils um Verstöße gegen die Standesehre, teils um Vergehen gegen die Berufspflichten, wobei auf Grund der mittelalterlichen Anschauungen entsprechenden Gleichsetzung von sittlichen und Rechtsnormen auch Verstöße gegen ungeschriebene Ehranschauungen geahndet wurden (2). Der mit den Standesstrafen verfolgte Zweck konnte sehr verschieden sein und war oft nicht ohne weiteres erkennbar.

Bei Mißachtung der Standesehre bezweckte das Berufsverbot oder die Gewerbeuntersagung den Ausschluß aus dem Verband. Daneben wurde diese Strafe auch zur Sühne, zur Besserung, zur Erzwingung eines bestimmten Verhaltens und zu anderen Zwecken verhängt, wobei die zur Besserung oder Erzwingung eines bestimmten Verhaltens ausgesprochenen Maßnahmen mit Erreichung des Zweckes der Strafe in der Regel aufgehoben, aber die als Sühne ausgesprochenen Strafen bald auf Zeit, meist aber auf Dauer verhängt wurden (3).

Sollte die Berufsuntersagung nur ein bestimmtes Verhalten erzwingen, konnte sie dadurch abgelöst werden, daß der Zunftgenosse sein Verhalten dementsprechend einrichtete und eine Geldzahlung leistete. Der Strafzweck des Ehrverlustes trat zurück, der Charakter der Ehrenstrafe verblaßte, und die Maßnahme nahm den Charakter einer Vermögensstrafe an (4).

Die erwähnten Strafmaßnahmen durften fast ausnahmslos nur auf Grund eines gerichtlichen Verfahrens verhängt werden. Von wenigen Städten abgesehen, in welchen der Rat der Stadt bei der Ausübung der Standesgerichtsbarkeit beteiligt war, handelte es sich um ein standesgerichtliches Verfahren, dessen Besonderheit darin lag, daß sich das Gericht nur aus Standesgenossen zusammensetzte und das Urteil von Standesgenossen gefällt wurde.

Zwar garantierte die Standesgerichtsbarkeit eine hohe Sachkenntnis der Rich-

(1) Lange, aaO, S.202.

(2) Lange, aaO, S.203.

(3) Lange, aaO, S.208.

(4) Lange, aaO, S.206.

ter, doch barg die Tatsache, daß der Ausschluß aus dem Zunftverbande durch Urteilsspruch von Standesgenossen erfolgte, die Gefahr in sich, daß nicht selten Mißgunst, Egoismus und Wettbewerbsüberlegungen die Objektivität des Gerichtes in Frage stellten.

Schließlich führte das Erstarken der Territorialgewalten zu einer Einbuße an politischer Macht der Zünfte (1), ihre ursprünglichen Eigentümlichkeiten entarteten mehr und mehr zu Mißständen und die Vorzüge der Standesgerichtsbarkeit, deren soziale Funktion in der Selbstkontrolle und in einer gewissen, nach außen gerichteten Vorbildwirkung gelegen hatte, gingen verloren im Mißbrauch der den Standesgenossen verliehenen Gerichtsmacht und in deren willkürlicher Handhabung.

Im allgemeinen konnten Standesrechte durch ordentliche Gerichte nicht aberkannt werden. Die Aberkennung war den Standesgerichten vorbehalten. Sie konnten daher unabhängig von einer Verurteilung durch die ordentlichen Gerichte ausgesprochen werden. Die standesgerichtliche Verurteilung konnte aber dann in das allgemeine Recht hinüberwirken, wenn mit der Berufsuntersagung die Nebenwirkung der Recht- und Ehrlosigkeit verbunden war. Das Ständerecht genoß insoweit allgemeine Anerkennung, als die öffentlichen, nichtständischen Behörden die ständischen bei der Durchsetzung und Vollstreckung des Ständestrafrechts unterstützten und ihnen Amts- und Vollstreckungshilfe gewährten.

Die Wirkung des Zunftausschlusses mit Berufsuntersagung war deshalb so hart, weil sich der Betroffene nicht wie heute einem anderen Betrieb oder einem neuen Gewerbe zuwenden konnte. Auch hatte er kaum die Möglichkeit, nach erfolgtem Zunftausschluß die Mitgliedschaft eines anderen Berufsstandes zu erwerben. Ausschluß aus der Zunft bedeutete also den Verlust jeder Berechtigung zum Betrieb eines Gewerbes.

Erschwert war die Durchführung dieser strengen Strafe allerdings dadurch, daß sich die Gewerbeuntersagung zunächst nur auf den örtlichen Zunftverband bezog. Zwar erstreckte sich die Wirkung der ausgesprochenen Maßregel über das allgemeine ständische Zusammengehörigkeitsgefühl und die gemeinsame Rechtsüberzeugung auch auf andere Orte, sie war jedoch infolge der politischen Verhältnisse, insonderheit der territorialstaatlichen Zersplitterung andernorts sehr schwer durchzusetzen.

- (1) Heinz Kraft, Die Entwicklung des Zunftwesens und die geistesgeschichtlichen Grundlagen der Gewerbefreiheit, in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, hrsg. von F. Böhm, W. Grewe, W. Hoffmann, H. Sauer-
mann, Bd. 106, Tübingen 1950.

§ 2 Zur sozialen Funktion der Zünfte

1. Die libertäre Funktion

Die Blütezeit der Zünfte, ihr Einfluß im politischen, sozialen, wirtschaftlichen und auch kulturellen Leben endete im 16. Jahrhundert. Folgt man den höfischen Handwerkern ursprünglich der freiheitlichen Anziehungskraft der Städte ("Stadtluft macht frei") und ist man in der städtischen Verzunftung in den Anfängen (12./13. Jhd.) die ständische Durchsetzung beruflicher Eigenständigkeit gegen die Grundherrschaften, von denen die gewerblichen Berufe sich durch Abwanderung in die Städte gelöst hatten, zu sehen, schreibt man also der Erringung der beruflichen Selbständigkeit eine durchaus freiheitliche Tendenz zu, so wird, wenn man die Frage nach der sozialen Funktion für die Zeit der Entstehung des Zunftwesens stellt, die Antwort eindeutig sein: Die soziale Funktion der zunftmäßigen Zusammenschlüsse lag in der Erringung der "Gewerbefreiheit" - hier verstanden als Unabhängigkeit gegenüber den Höfen (1). Die Genossenschaft war hierfür die geeignete Rechtsform.

2. Die sekuritäre Funktion

Mit der Konsolidierung des Zunftwesens in den Städten (14./15. Jhd.) verschob sich die soziale Funktion in ihrer Wertsetzung von der Freiheit auf die Sicherheit, genauer auf die Sicherung der Freiheit. Daß in diesem Prozeß die Sicherungsfunktion eine sich mehr und mehr verselbständigende Tendenz von der Freiheit weg auf die Sicherheit bekam, ist von der sozialen Eingliederung in die Städte her zu verstehen, gingen doch die Erwartungen der Bürger an die Zünfte dahin: garantierte Qualität der Waren und der ausgeführten Arbeiten durch zunftfeigene Qualitätskontrolle. Sieht man die soziale Funktion mit der Konsolidierung der Zünfte innerhalb des Städtewesens in den Sicherungen der politischen Einflußnahme der Zünfte, in der Zusicherung der gewerblichen Leistungen und in der beruflichen Sicherheit der Zunftgenossen, wird man diese Umorientierung in der *ratio socialis* der Zünfte nicht schlechthin verurteilen können (2).

3. Die reaktionäre Funktion

Erst mit einer weiteren "Umfunktionierung" der sozialen Zielsetzung (16./17.

-
- (1) Tuchtfeldt, aaO, S. 31, kommt zwar nicht auf Grund einer funktionalen als eher über eine institutionelle Betrachtung zur selben Würdigung des Zunftwesens im 11., 12. und 13. Jahrhundert; "So gab es damals bereits etwas ähnliches wie Gewerbefreiheit."
 - (2) Tuchtfeldt, aaO, S. 32.

Jhdt.), begleitet von sozialschädlichen Mißständen (1) (lange Lehrlings-, Gesellen- und Wanderjahre, hohe Meistergebühren, teure Meisteressen), setzt sich das Zunftwesen berechtigter Kritik aus: Erstarrung und Beharrung waren nunmehr die Zeichen der Gegenläufigkeit der sozialen Ausrichtung der Zünfte innerhalb der politisch-gesellschaftlichen Entwicklung (2).

Die berufsständische Stellung wurde monopolistisch mißbraucht, indem sich die Zünfte neuen gewerblichen und technischen Entwicklungen entgegenstellten und mit einem numerus clausus der Zunftaufnahme und der Meisterstellen Wettbewerbsverzerrungen herbeiführten (3).

§ 3 Die zunftfeindlichen Mächte der Neuzeit

Schließlich waren es aber auch außerständische Tendenzen, die eine Anpassung der Zünfte an den Wechsel der Zeiten verhinderten. Das Zunftwesen wurde im 17. und 18. Jahrhundert durch zwei in ihren Tendenzen recht entgegengesetzte politische und wirtschaftliche Mächte gefährdet, denen aber die Verurteilung des Zunftwesens gemeinsam war.

1. Absolutismus und Merkantilismus

Im 17. Jahrhundert bewirkte das Erstarken der absolutistischen Territorialgewalten entsprechende Einbußen der politischen Bedeutung der Zünfte (4). Dabei spielte die Errichtung stehender Heere eine gewichtige Rolle, neben denen

-
- (1) Otto von Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, 1. Bd., Unv. Nachdr. der ersten Ausgabe, Darmstadt 1954, S. 918. - W. Harres, Beitrag zur Besprechung der gewerblichen Zeitfrage. Darmstadt 1848, S. 5: "...wenn sie (die Zünfte) die Beförderung des materiellen Wohles der Meister als alleiniges Ziel der Zünfte hinstellten, so haben sie durch dieses Treiben gerechten Tadel auf sich geladen." Ausführlich zu den Mißständen: K. v. Rohrscheidt, Vom Zunftzwang zur Gewerbefreiheit, Berlin 1898, S. 88 ff.
 - (2) Tuchtfeldt, aaO, S. 33, nennt die Zünfte des 16./17. Jahrhunderts schlicht und treffend "reaktionär", weil sie "die alte Ordnung mit restriktiven Maßnahmen aufrechterhalten wollten".
 - (3) Bruno Gebhardt, Handbuch der Deutschen Geschichte, Bd. 2: Von der Reformation bis zum Ende des Absolutismus, 16. bis 18. Jhdt., hrsg. v. H. Grundmann, 8. Auflage, Stuttgart 1955, S. 380.
 - (4) K. v. Rohrscheidt, Die Gewerbeordnung für das Deutsche Reich, Bd. 1, Berlin 1901, S. 2.

das militärische Aufgebot der Zünfte zur Bedeutungslosigkeit herabsank (1). Die volkswirtschaftliche Auswirkung des stehenden Heeres auf die Zünfte ist darin zu sehen, daß der Massenbedarf der Armee eine manufaktuelle Ausstattung nahelegte (2).

Auch mußte den Zunftmißständen durch behördliche Vorschriften gesteuert werden. Die den politischen Absolutismus begleitende Wirtschaftsform des Merkantilismus war in ihrer etatistisch-kameralistischen Ausprägung auf Regulamentierung, Unterdrückung oder gar Aufhebung des Zunftwesens gerichtet. Dieser Zeit entspricht in jedem Fall der Verlust der zünftischen Selbstbestimmung im Übergang der gesetzlichen Ordnung des Zunftwesens auf die öffentlichen Gesetzgebungsorgane. Damit aber war eine Bedingung für die spätere allgemeine Kodifikation des Gewerberechtes gesetzt (3). Ihre Beinhaltung sollte aber aus einer ganz anderen Bewegung erfolgen, als sie der Absolutismus vorhersehen konnte.

2. Frühkapitalismus und Frühindustrialismus

Rein wirtschaftliche Schwierigkeiten ergaben sich für das Zunftwesen aus dem Entstehen eines verkehrsbedingten Güteraustausches, wie ihn die Eröffnung von Land- und Seewegen mit sich brachte, sowie aus der Umschichtung der Vermögensbildung auf Kaufmannsstände als Folge dieser neuen, über die einzelnen Städte hinausgreifenden Wirtschaftsformen, oder modern gesprochen, den Zünften und ihren Mitgliedern gelang meist nicht die Umstellung vom arbeitsintensiven zum kapitalintensiven Wirtschaften (4), wie es die aufkommende industrielle Produktionsweise mit ihrer sich überstürzenden technischen Entwicklung verlangte (5).

Diesen neuen Verhältnissen war ein Wirtschaftssystem mit Beschränkungen der

-
- (1) O.v.Gierke, aaO, S.383, schildert die staatlichen Bemühungen zur Bekämpfung der Zunftmißbräuche.
 - (2) Gebhardt, aaO, S.382, weist gerade auf diese militärisch-wirtschaftlichen Zusammenhänge hin.
 - (3) Edgar Loening, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, Leipzig 1884, S.476 f.
 - (4) Gebhardt, aaO, S.387 f., S.389 ff.
 - (5) M.Haushofer, Das Deutsche Kleingewerbe in seinem Existenzkampf gegen die Großindustrie. In: Deutsche Zeit- und Streifragen, Heft 209-224. Berlin 1885, S.5: "Machtlos und verrottet schwand vor diesem sausenenden Treiben die mittelalterliche Organisation des Zunftwesens."

Konkurrenz und hemmenden Vorschriften hinsichtlich der technischen Ausstattung der Gewerbebetriebe nicht mehr angepaßt (1).

3. Physiokratentum und Liberalismus

Aus dem Merkantilismus entgegengesetzten Gründen erstrebten im 18. Jahrhundert die Physiokraten die Aufhebung des Zunftwesens. Ihre Vorstellungen von einer natürlichen Ordnung des Wirtschaftslebens brachten das liberale Verständnis der wirtschaftlichen Betätigung. Ihm entsprach die Forderung nach Gewerbefreiheit im modernen Sinn (2).

Mit der absolutistisch eingeleiteten, sachgemäß auf größere Verhältnisse zugeschnittenen Monopolisierung der Gesetzgebung auf die staatlichen Organe und mit der den aufkommenden industriellen Arbeitsverhältnissen gemäßen liberalen Forderung nach Gewerbefreiheit sind die Real- und Idealbedingungen für die im 19. Jahrhundert erfolgten Kodifizierungen des Gewerberechts gegeben.

2. Kapitel: Die Gewerbeordnungen des 19. Jahrhunderts

§ 1 Die Durchsetzung der Gewerbefreiheit im ersten Drittel des 19. Jahrhunderts

1. Die Geschäftsinstruktion für die preußischen Provinzialregierungen vom 26. Dezember 1808

"Es ist falsch, das Gewerbe an einem Ort auf eine bestimmte Anzahl von Subjekten einschränken zu wollen. Niemand wird dasselbe unternehmen, wenn er dabei nicht Vortheil zu finden glaubt, und findet er diesen, so ist es ein Beweis, daß das Publikum seiner noch bedarf; findet er ihn nicht, so wird er das Gewerbe von selbst aufgeben." (3) Bei der Lektüre dieser Sätze wird man vermuten, daß sie aus einem physiokratischen Lehrbuch stammen oder dem Werk von Adam Smith entnommen seien. Sie stehen aber in § 50 der Geschäftsinstruktion für die preußischen Provinzialregierungen vom 26. Dezember 1808 (kurz Regierungsinstruktion genannt). Trotzdem ist unsere Vermu-

(1) Karl Marx: "Die Produktivkräfte sind stärker als die Produktivordnungen und sprengen die letzteren."

(2) K.v.Rohrscheidt, aaO, S.2; Tuchtfeldt, aaO, S.35.

(3) Abgedruckt bei: K.v.Rohrscheidt, Vom Zunftzwang zur Gewerbefreiheit, Berlin 1808, S.366 f.

tung nicht falsch; diese Sätze sind nahezu wörtlich aus dem Hauptwerk von Adam Smith übernommen (1). Wir erfahren hier auf dem Gebiete des Gewerberechts zum ersten Male die Rezeption einer Ideologie, die unvermittelt in eine Kodifikation eingeht. Von der Unvermitteltheit des Aufgehens einer wirtschaftspolitischen Doktrin in einem Gesetzestext läßt sich auf die Sozialmächtigkeit der liberalen Wirtschaftstheorie zwingend schließen. Man kann diese allgemeine Wirksamkeit der Smithschen Ideen nicht hoch genug veranschlagen. Die frühindustrielle Gesellschaft hat sich mit diesen Leitsätzen ihre Arbeitshypothese gegeben (2).

Zwar wird der Rechtspraktiker darauf hinweisen, daß gerade programmatische und proklamatische Gesetzesformulierungen ein Indiz für deren Nichtanwendung seien (wozu sich eine Reihe verfassungsrechtlicher Beispiele aus der jüngeren Vergangenheit anbieten), und tatsächlich ist diese Regierungsinstruktion so etwas wie eine Präambel der kommenden gewerberechtlichen Gesetze des 19. Jahrhunderts, welche die Richtung für die künftigen Gewerbeordnungen weist. Sie ist in ihrer gesetzspolitischen Bedeutung für die Durchsetzung der Gewerbefreiheit grundlegend.

Da der industriellen Expansion staatliche Interventionen eher hemmend entgegengestanden wären, entsprach es der wirtschaftsliberalistischen Auffassung der beginnenden Industriegesellschaft, die Natürlichkeit der nichtinterventionistischen Wirtschafts- und Gesellschaftsentfaltung zu "beweisen", mindestens zu behaupten. § 50 der Regierungsinstruktion lautete dementsprechend sozialpädagogisch: "...Es ist dem Staat und seinen Gliedern immer am zuträglichsten die Gewerbe jedesmal ihrem natürlichen (!) Gang zu überlassen, das heißt: Keine derselben vorzugsweise durch besondere Unterstützungen zu begünstigen und zu heben, aber auch keine in ihrem Entstehen, ihrem Betriebe und Ausbreiten zu beschränken..." (3).

Diese Formulierung zeigt, daß der Gesetzgeber die soziale Frage, die sich mit

-
- (1) Paul Mombert, Geschichte der Nationalökonomie (Grundrisse zum Studium der Nationalökonomie, Bd. 2), Jena 1927, S. 281. Dazu Tuchtfeldt, aaO, S. 37.
 - (2) Rohrscheidt, aaO, S. 2/3: "Diese Strömung war so mächtig, daß selbst der Minister Freiherr vom Stein, obgleich er sein Leben lang ein überzeugter Anhänger des Zunftwesens und ein Gegner der Gewerbefreiheit war, nicht umhin konnte, seinen Namen unter die Regierungsinstruktion v. 26. Dezember 1808 zu setzen..."
 - (3) Nach der Smithschen Theorie konnten die Zünfte und die mit ihnen verbundene Einschränkung der Konkurrenz das "natürliche" Gleichgewicht nur stören.

diesem "Prinzip des freien Spiels der Kräfte" stellte, noch nicht realisiert hatte, sondern der Selbstregulierung dieses Spiels soweit sich überlassen wollte, als "das Rechtsprinzip dabei nicht verletzt wird, oder sie (die Gewerbe) nicht gegen Religion, gute Sitten und Staatsverfassung verstoßen" (§ 50). Eine weitere Einschränkung wäre dem Gesetzgeber als Verstoß gegen die Wirtschaftsverfassung, deren wesentlicher Grundsatz die Gewerbefreiheit war, erschienen. In dem zeitgenössischen Wortgebrauch war dieses liberale Verständnis der Wirtschaft doch soweit zum Bestandteil des Verfassungsbewußtseins geworden, daß man unter Staatswirtschaft ohne weiteres die liberale Wirtschaftskonzeption verstanden hat ("Staatswirtschaft" kann insoweit mit dem heutigen Begriff der "Wirtschaftsverfassung" gleichgesetzt werden): "Es ist unstaatswirtschaftlich, den Gewerben eine andere als die eben bemerkte Grenze anzuweisen und verlangen zu wollen, daß dieselben von einem gewissen Standpunkte ab in eine andere Hand übergehen oder nur von gewissen Klassen betrieben werden."

Die gesetzlich formulierte Innenfunktion des liberalen Prinzips der Gewerbefreiheit würde in der Außenfunktion eine ebenso selbsttätige und selbststeuermde Entsprechung haben: "Eben diese Freiheit im Gewerbe und Handel schafft zugleich die möglichste Konkurrenz in Absicht des produzierenden und feilbietenden Publikums und schützt das konsumierende am sichersten gegen Übersteuerung und übermäßige Preissteigerung" (§ 50).

Diese natürliche Balance der wirtschaftlichen Kräfte sowohl zwischen den Produzierenden wie auch den Produzenten und Konsumenten bezieht ihre Außensteuerung aus dem Wettbewerb und ihre Innensteuerung aus dem ebenso natürlichen wie sozialnützlichen privaten Egoismus: "Es ist falsch, das Gewerbe an einem Ort auf eine bestimmte Anzahl von Subjekten einschränken zu wollen. Niemand wird dasselbe unternehmen, wenn er dabei nicht Vortheil zu finden glaubt, und findet er diesen, so ist es ein Beweis, daß das Publikum seiner noch bedarf; findet er ihn nicht, so wird er das Gewerbe von selbst aufgeben." (§ 50)

Dieses grenzenlose frühliberalistische Vertrauen in die Gemeinnützlichkeits des Einzelinteresses konnte daher nur empfehlen: "Man gestatte daher einem Jeden, solange er die vorbemerkte Grenzlinie hierzu nicht verletzt, sein eigenes Interesse auf seinem eigenen Wege zu verfolgen, und sowohl seinen Fleiß als sein Kapital in die freieste Konkurrenz mit dem Fleiße und Kapital seiner Mitbürger zu bringen."

-
- (1) Zur Parallelität des schweizerischen "Siegeszugs der wirtschaftsliberalen Theorie der unbeschränkten Konkurrenz und seiner Eingliederung in die Bundesverfassung von 1874" siehe Bietenholz, W., Gewerbeschutz im Verhältnis zur Handels- und Gewerbefreiheit. Diss.iur. Zürich 1945, S.17 ff.

Schließlich formuliert diese Wirtschaftstheorie noch ihre Bedenken gegenüber der eigenen Idee, den Gemeinnutzen ausschließlich in der Verbindung von Eudämonismus und Liberalität zu suchen. Der Staat ist dabei zum Zuschauer geworden, dessen "Augenmerk dahin gehen muß, die Gewerbe- und Handelsfreiheit soviel als möglich zu befördern und darauf Bedacht zu nehmen, daß die verschiedenen Beschränkungen, denen sie noch unterworfen ist, abgeschafft werden, jedoch nur allmählich auf eine legale Weise, und selbst mit möglicher Schonung des Vorurteils, da jede neue Einrichtung mit Reibungen verbunden ist, und ein zu schneller Übergang vom Zwange zur Freiheit manchmal nachteiligere Folgen hervorbringt als der Zwang selbst" (§ 50).

Tätig werden darf der Zuschauer Staat lediglich zum Zwecke der Verwirklichung dieser neuen Lehre: "Bei allen Ansichten, Operationen und Vorschlägen der Regierungen muß der Grundsatz leitend sein, Niemanden in dem Genuß seines Eigentums, seiner bürgerlichen Gerechtsame und Freiheit, solange er in den gesetzlichen Grenzen bleibt, weiter einzuschränken, als es zur Beförderung des allgemeinen Wohls nöthig ist; einem Jeden innerhalb der gesetzlichen Schranken die möglichst freie Entwicklung und Anwendung seiner Anlagen, Fähigkeiten und Kräfte, in moralischer sowohl als physischer Hinsicht, zu gestatten, und alle dagegen noch obwaltenden Hindernisse baldmöglichst auf eine legale Weise zu räumen." (§ 34 der Regierungsinstruktion).

2. Das Preußische Gewerbebesteuereдикт vom 2.11.1810

Hat die Interpretation der §§ 34 und 50 der Geschäftsinstruktionen für die preußischen Provinzialregierungen vom 26. Dezember 1808 gezeigt, daß diese Vorschrift eher als richtungsweisende Proklamation der Gewerbefreiheit zu verstehen ist, so wird man - wie auch Tuchtfeldt (1) - die Verwirklichung erst mit dem Erlaß des Preußischen Gewerbebesteuereдиктs vom 2. November 1810 datieren, welches von seiner Zwecksetzung her praktikable Rechtsbegriffe bringen mußte und auch brachte: Die Lösung eines Gewerbescheines war die einzige Bedingung für die Ausübung eines Gewerbes einerseits und die Erhebung einer Gewerbebesteuer andererseits. Einschränkungen der Gewerbefreiheit waren nur noch nach polizeilichen Gesichtspunkten (Gemeingefahr, Unbescholtenheit, Qualifikationsnachweis) vorgesehen.

3. Das Preußische Gewerbepolizeigesetz vom 7.9.1811

Mit dem Preußischen Gewerbepolizeigesetz vom 7. September 1811 wurde die Gewerbefreiheit endgültig installiert. Die Zunftverfassung war beseitigt. Die Gewerbefreiheit war durchgesetzt.

(1) Tuchtfeldt, aaO, S.37.

4. Das Preußische Gewerbesteueredikt vom 30.5.1820

Schließlich brachte noch das Gewerbesteueredikt vom 30. Mai 1820 die Abschaffung des Gewerbescheines, dessen Meldefunktion auf eine entsprechend vorgeschriebene Mitteilung an die Behörde übertragen wurde (1).

Die Beschränkung der gesetzsgeschichtlichen Darstellung auf Preußen erklärt sich einerseits ganz allein aus den Grenzen des für unsere spezielle Thematik der Gewerbeuntersagung notwendigen und durch sie gesetzten historischen Rahmens und andererseits aus der Geschichtsmächtigkeit gerade der preußischen Entwicklung für die Gesetzgebung des Norddeutschen Bundes und schließlich für das Deutsche Reich und die Entwicklung seit 1945. Das übrige Deutschland des beginnenden 19. Jahrhunderts war wegen seiner verschiedensten gewerberechtlichen Zustände zu einer "wahren Musterkarte" (2) gewerblicher Gesetze geworden.

§ 2 Die Einschränkung der Gewerbefreiheit im zweiten Drittel des 19. Jahrhunderts

1. Die Allgemeine Gewerbeordnung für Preußen

Die unbeabsichtigten Nebenwirkungen (3) der Gesetze von 1810, 1811 und 1820 zeigten sich schon bei Erlass der Allgemeinen Preussischen Gewerbeordnung vom 17. Januar 1845. Zwar hatten diese Gesetze die Gewerbefreiheit gebracht, man hatte es aber versäumt, die Zünfte zu verbieten, ja, man hatte sogar gestattet, daß sie als freiwillige Vereinigungen weiterbestanden (4). Die gesetzliche Einführung der Gewerbefreiheit mußte gerade dazu führen, daß sich, wenn nicht de iure, so doch de facto, die überständigen Zünfte zu "pressure groups", die auf die Gesetzgebung Einfluß zu nehmen suchten, entwickelten (5).

(1) Tuchtfeldt, aaO, S.38.

(2) H.A.Mascher, Das Deutsche Gewerbewesen von der frühesten Zeit bis auf die Gegenwart, Potsdam 1866, S.581.

(3) Das soziologische Phänomen der unbeabsichtigten Nebenwirkung ist ein innerhalb der Rechtswissenschaft noch kaum bewußtes Problem der Gesetzgebungstheorie.

(4) Loening, aaO, S.478.

(5) Tuchtfeldt, aaO, S.38, nennt diese "Konzession an die Träger der alten Ordnung ... wirtschaftlich zweifellos bedenklich, weil sie dem organisierten Widerstand der Interessenten gegen die liberale Politik Vorschub leistete". - Eingehend dazu auch Waentig, aaO, S.12/13.

So begünstigte die Allgemeine Preußische Gewerbeordnung von 1845 aufs neue die Innungen und ermöglichte den korporativen Zusammenschluß der Handwerkerstände (1). Mit dieser Entwicklung war der Höhepunkt in der Durchsetzung der Gewerbefreiheit bereits überschritten, obwohl auch dieses Gesetz auf dem allgemeinen Prinzip der Gewerbefreiheit basierte und den Begriff der Gewerbeuntersagung nicht kannte. So konnte 1848, im Jahr des Kommunistischen Manifests (1847-48), das sogenannte Handwerkerparlament die Beseitigung der Gewerbefreiheit und die Wiedereinführung der Zünfte fordern (2). Aus der Gleichzeitigkeit dieser Forderungen zeigt sich, wie Marx die industrielle Revolution bereits diagnostiziert hatte, während der Handwerkerstand noch im falschen Bewußtsein lebte, die Zeichen der Zeit nicht zu deuten wußte und alle Übel nicht bei sich, sondern in der Gewerbefreiheit selbst sah (3).

2. Die Preußische Notverordnung vom 9. Februar 1849

Die Gewerbetreibenden standen nunmehr auf der Seite der Verzögerer der Geschichte. Der Rückfall in die Zunftverfassung kulminierte in der Preußischen Notverordnung vom 9. Februar 1849 mit der Wiedereinführung des Befähigungsnachweises und des Innungszwanges für die wichtigsten Handwerksarten (4).

Die Zukunft in der industriellen Gesellschaft sollte schließlich zeigen, daß sich zwar nicht die Marxsche Verelendungstheorie im Sinne einer Proletarisierung der Gewerbetreibenden noch die Kassandrarufer der letzteren erfüllten. Gerade der technische Fortschritt brachte die Möglichkeiten der Eingliederung des Handwerks in die Industriegesellschaft ohne deren völliges Aufgehen in der industriellen Produktion. Mit der Erfindung des Elektromotors war die technische Erwerbsgrundlage der Kleingewerbetreibenden und Handwerker geboten, wie sie mit der eher auf den Großbetrieb zugeschnittenen Dampfmaschine in

(1) Loening, aaO, S.478.

(2) Tuchtfeldt, aaO, S.40.

(3) Tuchtfeldt, aaO, S.40: "Ihr (der Handwerkerbewegung) verhängnisvoller Trugschluß lag in der Annahme, daß sich eine dynamische Entwicklung durch restriktive Maßnahmen nicht nur aufhalten, sondern sogar beseitigen lasse. So kam es, daß das Handwerk seinen Niedergang allein auf die Gewerbefreiheit zurückführte und nicht sah, daß die industrielle Revolution eine völlig neue Lage geschaffen hatte."

(4) Tuchtfeldt, aaO, S.40; Loening, aaO, S.478; O.v.Gierke, aaO, S.950.

den Anfängen des Industrialismus nicht gegeben gewesen war (1). Die Entwicklung ging über die reaktionären Forderungen des Handwerks hinweg. Die Erfüllung der handwerklichen Forderungen zwischen 1845 und 1869 war zeitbedingt und taktischer Natur und entfiel mit ihrem Anlaß (2). Der Weg für eine neue gewerbefreiheitliche Gesetzgebung war wieder frei.

§ 3 Die Wiedereinführung der Gewerbefreiheit im letzten Drittel des 19. Jahrhunderts

1. Die Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund von 1869

Sie erfolgte mit Erlaß der Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund am 26. Juni 1869 (3). Freilich hatte diese zweite legislative Anerkennung der Gewerbefreiheit viel von dem Pathos der Frühzeit verloren. Sie war keineswegs die Frucht einer ruhigen Entwicklung, und der Kampf der Meinungen und Interessen wogte hin und her und wollte auch nach Inkrafttreten dieses Gesetzes nicht zur Ruhe kommen. Wohl im Bewußtsein dieser Situation hatte der Bundeskommissar in der Reichstagssitzung vom 17. März 1869 erklärt:

"Der Bundesrat faßt den Gewerbegesetzentwurf nicht auf, wie man etwa eine Verfassung auffaßt, die man eine lange Reihe von Jahren nicht zu ändern gedenkt". (Die Wahrheit dieser Prognose dürfte sich trotzdem nicht auf die inzwischen erfolgten 128 Änderungen der Gewerbeordnung erstreckt haben.)

"Wir haben gegenwärtig nicht ein Gesetz vor uns, welches die Entwicklung der Gewerbegesetzgebung abschließt, sondern wir wollen ein Gesetz zum Abschluß bringen, welches die gemeinsame Entwicklung der Gewerbegesetzgebung im norddeutschen Bund erst möglich macht, weil es einen festen und sicheren Ausgangspunkt bildet" (4).

- (1) Theodor Geiger, Die Klassengesellschaft im Schmelztiegel, Köln 1949, S. 97 f. Eine Petition von 391 Handwerksmeistern der Stadt Bonn vom 19. 4. 1848 an den Minister Camphausen enthielt unter anderen Forderungen auch das Begehren "auf Einschränkungen des Gebrauchs von Dampfmaschinen", zitiert bei: Waentig, S. 18, in: "Die Entwicklung der deutschen Volkswirtschaftslehre im 19. Jahrhundert." Gustav Schmoller zur siebenzigsten Wiederkehr seines Geburtstages, 24. Juni 1908, 2. Teil, Leipzig 1908: XXV "Die gewerbepolitischen Anschauungen in Wissenschaft und Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts" von Heinrich Waentig.
- (2) Tuchtfeldt, aaO, S. 41.
- (3) Zu den Vorarbeiten siehe Rohrscheidt, aaO, S. 3 ff.
- (4) Stenogr. Berichte über die Verhandlungen des Reichstags des Norddeutschen Bundes. Erste Legislaturperiode. Session 1869. Erster Band, neunte Sitzung am 17. 3. 1869, S. 123/124.

Mit diesem Eingeständnis war die Konzeptionslosigkeit zur ratio legis geworden. "Es konnte sich jetzt nur darum handeln, dem Übermaß der wirtschaftlichen Freiheit durch ein den modernen Bedürfnissen angepaßtes Maß sozialer Bindung ein gewisses Gegengewicht zu geben" (1). Diese Aufgabe stellte sich einer Gesellschaft, die bis etwa 1871 noch überhaupt kein Verhältnis zur neuen sozialen Realität der industriellen Gesellschaft gefunden hatte und deren Bewußtseinslage den Verhältnissen auch nach 1918 noch so wenig entsprach, daß die neu einsetzende Retardation von 1933 noch über 1945 bis in die Gegenwart wirken konnte (2).

Sicher hätte es sich, um mit Schmoller zu sprechen, "in erster Linie um eine Erziehung der Leute zu anderen gesellschaftlichen Gewohnheiten, zu anderen häuslichen Sitten, zu einem weiteren Blick, zu einer höheren technischen Bildung gehandelt", doch wurde stattdessen eine vom romantischen "escape" (3), von der "bornierten Häuslichkeit" des Biedermeiers (Hölderlin) (4) und von der Ideologisierung der staats- und gesellschaftserhaltenden Funktion des Mittelstandes getragene Gewerbepolitik zur "Reaktion" auf die neuen gesellschaftlichen Probleme (5). Ein Sprachrohr dieser Mentalität, die "Kreuzzeitung", sollte 1864 den Tenor einer Haltung formulieren, die nunmehr ihr hundertjähriges Bestehen feiern kann: "Die wesentliche Aufgabe bleibt die Konservierung des Mittelstandes, wie es ja auch von allen Einsichtigen als die Hauptgefahr der jetzigen industriellen Entwicklung bezeichnet wird, daß sie den Mittelstand absorbieren..." (6). Es wird zu zeigen sein, daß diese Kleinbürgerlichkeit die Diskussion des Gewerberechts ein Jahrhundert lang bestimmen konnte.

Die Aufnahme des Gesetzes in der gewerblichen Wirtschaft, insbesondere in

(1) So Waentig, aaO, S.34.

(2) Howard Becker, Sociological Trends throughout the World, in: Barnes-Becker, Social Thought from Lore to Science, Boston 1938.

(3) Waentig, aaO, S.13.

(4) Dazu Robert Minder, Deutsche und französische Literatur - inneres Reich und Einbürgerung des Dichters. In: Kultur und Literatur in Deutschland und Frankreich. Fünf Essays. Frankfurt am Main 1962, S.6.

(5) Waentig, aaO, S.15: "Was man von einer Diktatur des kleinbürgerlichen Philisters zu gegenwärtigen haben würde, davon hatten die Ereignisse der Revolutionsjahre einen unvergeßlichen Vorgeschmack gegeben."

(6) Zitiert bei Waentig, aaO, S.50.

Handwerkerkreisen war seinerzeit nicht günstig (1). Die Gewerbetreibenden waren überwiegend gegen eine in ihren Augen zu weitgehende Freiheit. Die weitere Entwicklung des Gewerberechts bestand denn auch - abgesehen von zeitbedingten Schwankungen - wesentlich in einem fortgesetzten Abbau der Freiheiten und in einer ständigen Vermehrung der Zulassungsbedingungen.

Mit der Gewerbeordnung von 1869, der man ohne große Vorarbeiten und ohne wesentliche Änderungen die Allgemeine Preußische Gewerbeordnung von 1845 unter Übernahme des persönlichen und sachlichen Konzessionswesens der preußischen bürokratisch-polizeilichen Verwaltungspraxis, insbesondere der im sicherheits- und sittlichkeitspolizeilichen Interesse erforderlich scheinenden Einschränkungen der Gewerbefreiheit hinsichtlich des Gewerbebetriebs der Tanz-, Turn- und Schwimmanstalten und des Trödelhandels, zugrunde legte, wurden alle Fragen, die den Beginn, die Fortsetzung und die Beendigung eines Gewerbebetriebs zum Gegenstand hatten, und die bisher im deutschen Rechtskreis Angelegenheit der verschiedensten Gesetzgebungsorgane gewesen waren, einheitlich geregelt.

§ 1 Absatz 1 der Gewerbeordnung von 1869 lautete: "Der Betrieb eines Gewerbes ist jedermann gestattet, soweit nicht durch dieses Gesetz Ausnahmen oder Beschränkungen vorgeschrieben oder zugelassen sind." (Absatz 2 enthält eine unbeachtliche Übergangsvorschrift.)

Da dieser Paragraph bis heute nicht geändert wurde, muß man beinahe annehmen, daß es sich um eine Leerformel handelt, deren Leere die Dauer garantiert hat (2). Von Interesse sind also weit eher die erwähnten Beschränkungen und Ausnahmen.

Zwar hat sich der Gesetzgeber nicht zwischen Präventiv- und Repressivsystem entschieden, sondern beide Möglichkeiten in das Gesetz aufgenommen. Doch läßt sich sagen, daß selbst bei einer Entscheidung für das reine Repressivsystem die Vermutung größerer Freiheitlichkeit entgegen landläufiger Auffassung keineswegs gegeben wäre, denn ausschlaggebend ist das jeweilige Ver-

-
- (1) M.Haushofer, aaO, S.33/34: "Sie (die Handwerker) sind ... in wirtschaftlichen Fragen reaktionär, wenn sie auch in politischen und liberalen Fragen liberal und fortschrittlich waren; die Gewerbefreiheit erscheint ihnen als ein gefräßiges Ungeheuer, das den Wohlstand und ehrsame Zucht des alten Handwerks verschlungen habe."
 - (2) Ernst Topitsch, Über Leerformeln, S.233 f. In: Probleme der Wirtschaftstheorie. Festschrift für Victor Kraft. Wien 1960.

hältnis von Freiheit und Repression oder von Freiheit und Prävention, ganz zu schweigen von der Präventivwirkung der Repression.

Präventiv waren die Vorschriften, welche die Befugnis zur Gewerbeausübung vom Nachweis bestimmter persönlicher und sachlicher Erfordernisse abhängig machten. Repressiv waren die Vorschriften, welche unter gewissen Voraussetzungen die Fortsetzung des Gewerbebetriebs verboten, wie § 35 und § 51, wobei sich diese beiden Vorschriften dadurch unterscheiden, daß in § 35 die Gewerbeausübung aus persönlichen Gründen untersagt werden kann, während in § 51 die Untersagung wegen sachlicher Mängel der Anlage ausgesprochen wird.

Insofern läßt sich die Gewerbeordnung als Gesetz über die Einschränkungsmöglichkeiten der Gewerbefreiheit charakterisieren, oder wie Fleiner es ausdrückt: "Das Gewerberecht umfaßt die Summe der Rechtsnormen, welche in der Gewerbeordnung als Ausnahmen von dem Grundsatz der Gewerbefreiheit festgelegt sind" (1).

2. Der Untersagungstatbestand des § 35 in der Gewerbeordnung von 1869

Die Formulierung eines Untersagungstatbestandes in § 35, der an ein persönliches Erfordernis, genauer an das Fehlen desselben anknüpft, hatte keine Vorgängerin (2); in den Entwürfen zur Gewerbeordnung von 1869 waren die in § 35 aufgezählten Gewerbearten in einem § 34 als konzessionspflichtig ausgewiesen (3) und wurden erst während der letzten Beratungen zu ausschließlich untersagbaren Gewerben (4). Man sah in der Untersagungsmöglichkeit gegenüber der Konzessionierung das freiheitlichere Prinzip; halte man von Anfang an jeden Menschen für verdächtig, der ein bestimmtes Gewerbe betreibt, so schieße man über das Ziel hinaus (5). Dieser Gedanke wurde noch einmal besonders hervorgehoben in den Reichstagsverhandlungen zu der Novelle zur

(1) Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 1928, S.405.

(2) § 35 GewO vereinigte in sich Gewerbebezüge, welche bereits nach der Allgemeinen Preussischen Gewerbeordnung von 1845 nur unter der Voraussetzung einer besonderen Genehmigung oder vorbehaltlich der Möglichkeit, den Beginn der Ausübung des Gewerbebetriebs zu untersagen, betrieben werden durften. Siehe Anhang, S.141-145.

(3) Sten.Ber. 1869, 3.Bd. (Anlagen), Aktenstück Nr.13, S.97.

(4) Sten.Ber. 1869, 3.Bd., Aktenstück Nr.113, S.413.

(5) Sten.Ber. 1869, 1.Bd. Abgeordneter von Hennig in der 19.Sitzung am 14.4.1869, S.384.

Gewerbeordnung von 1883: Nicht um eine Beschränkung der ehrlichen Arbeit handle es sich, sondern vielmehr um die Scheidung der Arbeit, die angefangen hat, unehrlich zu sein, von der ehrlichen (1).

§ 35 lautete in seiner ursprünglichen Fassung:

"Die Erteilung von Tanz-, Turn- oder Schwimmunterricht als Gewerbe darf denjenigen untersagt werden, welche wegen Vergehen oder Verbrechen gegen die Sittlichkeit bestraft sind.

Der Handel mit gebrauchten Kleidern, gebrauchten Betten oder gebrauchter Wäsche, der Kleinhandel mit altem Metallgerät oder Metallbruch (Trödel) oder mit Garnabfällen oder Drämen von Seide, Wolle oder Baumwolle oder Leinen, ferner das Geschäft eines Pfandleihers kann demjenigen untersagt werden, welcher wegen aus Gewinnsucht begangener Vergehen oder Verbrechen gegen das Eigentum bestraft worden ist.

Personen, welche die in diesem Paragraphen bezeichneten Gewerbe beginnen, haben bei Eröffnung ihres Gewerbebetriebs der zuständigen Behörde hiervon Kenntnis zu machen."

Wenn die Zusammenstellung der in § 35 GewO aufgezählten Gewerbearten auf den ersten Blick willkürlich erscheint, so erklärt sich doch manche Zufälligkeit, wenn man die sozialen Gegebenheiten der damaligen Zeit in Betracht zieht. Zwar war die Liberalität soweit gesellschaftlich inkorporiert, daß sie zur ratio legis werden konnte (§ 1), aber die unterschwelligen Strebungen ließen freiheitswidrige Regelungen dort zu, wo eine Personengruppe sich anbot, der die soziale Integration in die bürgerliche Gesellschaft nicht gelungen war.

Gemeinsam ist den in § 35 ausgesprochenen Gewerbebezweigen, daß sie auch zur Zeit der Kodifikation der Gewerbeordnung noch als unbürgerlich galten. Wollte man mit dem damaligen Gesetzgeber streng zu Gerichte gehen, könnte man ihm vielleicht sogar eine Diskriminierung dieser Berufssparten vorwerfen, wobei man den Eindruck nicht los wird, daß sich diese weniger gegen die genannten Berufsgruppen als die darin tätige Personengruppe richtete (2). In Wahrheit dürfte nur wenigen Gesetzesvätern bewußt geworden sein, daß sie Personengruppen erfaßten, von deren Treiben, Verhalten und Lebenswei-

(1) Sten.Ber. 1883, 3.Bd., S.1734.

(2) Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages des Norddeutschen Bundes, Session 1869, Bd.1, 10.Sitzung 18.3.1869, S.145.

se sie bereits eine durch Erziehung und Tradition vorgefaßte Meinung hatten. Ferner würden sie sich damit verteidigen, daß diesen Leuten ja insofern bereits eine günstigere Position gegenüber anderen Gewerbetreibenden eingeräumt sei, als der Beginn des Gewerbes nicht von einer Konzession abhängig gemacht werde, sondern nur unter gewissen Voraussetzungen die Ausübung des Gewerbebetriebs untersagt werden könne (1).

Dennoch ist nicht von der Hand zu weisen, daß die Vorstellung, bei den Gewerben wie Trödelhandel, dem Handel mit Seidenresten etc., eben dort, wo die Armut herrsche, liege auch die Neigung zur Delinquenz, die Unzuverlässigkeit nahe, dazu führte, diese Gewerbe unter gewerberechtlicher Aufsicht zu halten, wo doch nahegelegen hätte, den Schutz vor unzuverlässigen Gewerbetreibenden dem Strafrecht oder der Polizei zu überlassen. *Minima praetor non curat!*

a) Das Tanz-, Turn- und Schwimmlehrergewerbe

Bei den ersten in § 35 Absatz 1 a.F. aufgezählten Personengruppen der Schwimm-, Turn- und Tanzlehrer spielte die körperliche Nähe, wie sie die Berufsausübung mit sich brachte, bestimmten Sittlichkeitsvorstellungen entsprechend, eine große Rolle. Die Möglichkeit, das Gewerbe der Tanz-, Turn- und Schwimmlehrer untersagen zu können, erschien den damaligen Zeitgenossen aus mehr oder weniger moralischen Gründen indiziert. Natürlich spielte bei diesen wie auch bei den folgenden Gewerben eine gewisse Erfahrung mit, daß es gerade die Gewerbetreibenden dieser Berufszweige waren, die immer wieder einen Hang zur Kriminalität bewiesen. Bereits in der Allgemeinen Gewerbeordnung für Preußen von 1845 und im Badischen Gewerbegesetz von 1862 war die Ausübung einiger dieser Gewerbebranchen gewissen Einschränkungen unterworfen (2).

In der Begründung zur Novelle von 1883 zur Gewerbeordnung wird hierzu ausgeführt (3):

Das in § 35 geregelte Gewerbe der Tanz-, Turn- und Schwimmlehrer könne

-
- (1) Allerdings wußte der Gesetzgeber genau, daß eine Konzessionierungsvorschrift für diese Gewerbe nur geringe Anwendungschance gehabt hätte; siehe hierzu Rohrscheidt, aaO, S.192. Immerhin wurde der § 35 in allen Sitzungen des Reichstags des Norddeutschen Bundes bis zur letzten Abstimmung als Konzessionsnorm diskutiert, die Änderung in eine Untersagungsvorschrift erfolgte erst gegen Ende der dritten Beratung des Entwurfs.
 - (2) Siehe Anhang, S.141-145.
 - (3) Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages des Norddeutschen Bundes, 1883, 3.Bd., S.1735.

in gemeinschädlicher Weise ausgeübt werden. Das gälte insbesondere für den Tanzunterricht: "Arbeitsscheue Personen von der niedrigsten Bildungsstufe und von getrübttem Leumund haben sich nicht selten als Tanzlehrer etabliert und finden mit Rücksicht auf die bestehenden Beschränkungen der öffentlichen Tanzmusiken großen Zulauf. Nur in seltenen Fällen gelingt es, die wenigen Übertretungen der auf die öffentlichen Tanzmusiken bezüglichen Verbote zu Strafe zu ziehen. Durch diese Art von Tanzunterricht, woran häufig Prostituierte und Unerwachsene teilnehmen, wird die Unsittlichkeit und Genußsucht in sehr bedenklicher Weise gefördert."

Eine ähnliche Begründung galt für den Turnunterricht. Neben dem Schutz der öffentlichen Moral kamen hier noch Gesichtspunkte des Schutzes des Lebens und der Gesundheit hinzu. Besonders hervorgehoben wurde jedoch die Gefährlichkeit des Schwimm- und Turnlehrers, weil sich die weibliche Jugend immer mehr an diesen Sportarten beteiligte.

Im Grunde verhielt es sich bei diesen moralischen Wertungen ähnlich wie mit den Begriffen der Genußsucht, der Arbeitsscheu, des Leumunds; so wie Genußsucht nur Personen niederen Standes vorgeworfen wurde, während sie in der gehobenen Gesellschaft eher Statussymbol war und man nie von "arbeitsscheu und reich" sprach, wie sich der Leumund eher bei den Armen als bei den Reichen trübte, so glaubte man bei Berufssparten wie Turn-, Tanz- und Schwimmlehrern sexuelle Ausschweifungen durch Gesetz unter Kontrolle halten zu müssen. Man kann die Bestrebungen, diese Berufsgruppen in den Griff zu bekommen, als Beispiele für eine spießbürgerliche Weltanschauung ansehen, die sich gegenüber einer bestimmten Berufs- beziehungsweise Personen- gruppe ausläßt. Hier steht die Dogmatik des Gesetzes für gewisse soziale Anschauungen.

Immerhin entschloß man sich in letzter Minute bei der Kodifikation nicht für das Konzessionssystem für diese Gewerbearten, was einen gewissen Fortschritt bedeutete... Zwar spürt man bei der Lektüre der Sitzungsberichte des Reichstags des Norddeutschen Bundes eine gewisse Bemühung des Gesetzgebers von 1869, Einschränkungen der Gewerbefreiheit nach Möglichkeit zu vermeiden und wenn nicht zu umgehen, die schwächste Form zu wählen (1), doch wurde die Vorschrift des § 35 dann doch im Jahre 1883 durch eine Novelle zur Gewerbeordnung verschärft, wonach eine Untersagung des Schwimm-, Tanz- und Turnlehrergewerbes nicht nur bei sittlichen Verfehlungen, sondern gene-

(1) Sten.Ber., 1.Bd., 1869, 18.Sitzung am 13.4.1869, S.346.

rell dann ausgesprochen werden konnte, wenn Tatsachen vorlagen, welche die Unzuverlässigkeit der betreffenden Personen in bezug auf dieses Gewerbe dartaten (1).

b) Geschichte und Begründung der Aufnahme des
Trödelhandels in § 35 Absatz 2 GewO

Als Trödelhandel im Sinne von § 35 wurde der Handel mit Gegenständen angesehen, deren Wert durch Gebrauch und Abnutzung gemindert ist, die aber ihrem bisherigen Zweck entsprechend weiter gebraucht werden sollen; ob der Rohproduktenhandel auch hierher gehörte, war in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte nicht eindeutig geklärt, der Streit hängt mit der Tendenz zur Ausdehnung der Vorschrift des § 35 GewO zusammen (2).

Die Bestimmungen der Gewerbeordnung von 1869 über den Trödelhandel schlossen sich an die Preußische Gewerbeordnung von 1845 an, welche wiederum auf das Trödlerreglement vom 21. Oktober 1788 zurückgeht und auf § 131 des Gewerbepolizeiediktes vom 7.9.1811, welcher den Trödelhandel von einer dem Ermessen der Polizeibehörde anheimgegebenen Genehmigung abhängig machte (3).

Die AGO von 1845 schrieb vor, daß "denjenigen, welche mit gebrauchten Kleidern oder Betten, mit gebrauchter Wäsche oder altem Metallgerät handeln", der Gewerbebetrieb erst dann zu gestatten sei, wenn sich die Behörden von der Unbescholtenheit und Zuverlässigkeit der Betreffenden überzeugt hätten (4).

Durch das Gesetz vom 22. Juni 1861 wurde der § 49 AGO teils anders gefaßt, teils erweitert (5).

Ferner wurde dem § 57 AGO, welcher lautete: "In Ansehung des Pfandleihgewerbes behält es bei den durch die bestehenden Vorschriften angeordneten Beschränkungen sein Bewenden", folgender Inhalt gegeben (6): "Die bisherigen Vorschriften über den Betrieb des Pfandleih- und Trödlergewerbes bleiben fer-

- (1) E. des Pr.OVG vom 7.2.1907 (GewArch. 6, 615).
- (2) Landmann-Rohmer, Kommentar zur Gewerbeordnung, 1. Bd., 10. Aufl., München und Berlin 1952, § 35 Nr. 5.
- (3) K. v. Rohrscheidt, Vom Zunftzwang zur Gewerbefreiheit, Berlin 1898, S. 611.
- (4) § 49 AGO von 1845, siehe Anhang, S. 142 f.
- (5) Siehe Anhang II.
- (6) Durch Gesetz vom 22.6.1861.

ner in Kraft. Jedoch wird den Ministerien vorbehalten, die in polizeilicher Hinsicht nötigen Abänderungen oder Ergänzungen zu treffen. Diese sind auch befugt da, wo über den Betrieb jener Gewerbe keine derartigen Vorschriften bestehen, solche zu erlassen."

Zur Motivgeschichte sind die Verhandlungen des Abgeordnetenhauses (1) recht aufschlußreich: "Bei dem Gewerbebetrieb der Trödler erfordern die erwähnten (in bezug auf das Pfandleihgewerbe) sicherheitspolizeilichen Interessen eine gleiche Berücksichtigung, da die Trödlerräden erfahrungsgemäß eine bequeme und häufig benutzte Gelegenheit zur Verwertung gestohlener Gegenstände darbieten. In Beziehung auf die Gegenstände, mit welchen ein solcher Verkehr betrieben zu werden pflegt, hat die Erfahrung gezeigt, daß auch der Kleinhandel mit dem in § 49 AGO nicht erwähnten Metallbruch dazu beiträgt, die Entwendung von Metallstücken aus den Fabriken zu begünstigen..."

"Demnächst hat sich ergeben, daß für die notwendige Überwachung des Trödelhandels in sicherheitspolizeilicher Hinsicht nicht überall hinreichende Vorschriften bestehen. Um für den Erlaß solcher Vorschriften den gesetzlichen Anhalt zu gewinnen, ist der § 57 AGO, welcher schon die älteren reglementarischen Vorschriften für das Pfandleihgewerbe in Wirksamkeit hält, in den Entwurf mit der Erweiterung aufgenommen worden, daß dergleichen Anordnungen auch für das Trödlergewerbe zur Anwendung gebracht und nach Bedürfnis ergänzt oder neu erlassen werden können."

Der Entwurf zur Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund von 1869 sah zunächst vor, daß diejenigen, welche Trödelhandel betreiben, vor dem Beginn des Gewerbebetriebs ihre Zuverlässigkeit nachzuweisen hätten (§ 34 GewO) (2).

Unsere Kritik wird sich gegen den Begriff "Zuverlässigkeit" richten. Wenn auch nur in einem analogen Fall (§ 30 GewO Privatkankeenanstalten), wurde der wesentliche kritische Einwand gegen den Begriff der "Zuverlässigkeit" schon in den damaligen Beratungen erhoben: "...wie kann jemand beweisen,

-
- (1) Verhandlungen des Abgeordnetenhauses 1861, Aktenstück Nr. 82.
 - (2) Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages des Norddeutschen Bundes 1869, 3. Bd.: Anlagen zu den Verhandlungen des Reichstages von Nr. 1 - 283. Zusammenstellung des Entwurfes einer Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund mit den bei der 2. Beratung über denselben im Plenum des Reichstages gefaßten Beschlüssen, Aktenstück Nr. 113, S. 416/417 und Aktenstück Nr. 148, S. 485.

daß er zuverlässig sei? Er kann höchstens beweisen, daß nicht irgend welche Tatsachen vorliegen, welche der Vermutung Raum geben, er könne unzuverlässig sein; eben so, wie Jemand durch Tatsachen mindestens nicht beweisen kann, daß er ein ehrlicher Mann ist, denn er kann immer nur nachweisen, daß ihm keine unehrliche Handlung vorgeworfen werden kann" (1). Die Kritik wird sich den damaligen Forderungen anschließen, "daß, da einerseits dies Wort sehr vieldeutig ist, und da es andererseits einen Gegenbeweis vollständig ausschließt, dasselbe beseitigt werden müsse und zwar dadurch beseitigt, daß man solche negative Eigenschaften aufführt..." (2). Nicht zu eigen machen wird sich eine Kritik von heutigem Standpunkt aus die materialen Gesichtspunkte: die erfahrungsgemäße Nähe des Trödelhandels zur Hehlerei (denn sie würde eher auf eine strafrechtliche Normierung verweisen und auf nicht hinreichende sicherheitspolizeiliche Vorschriften, die zu ergänzen näherläge). Die Motive hoben aber gerade auf die Sorge um den Schutz des Eigentums besonders ab. Dieser Gesichtspunkt wurde auch bei der Änderung beibehalten, welche die fragliche Bestimmung des Entwurfes in der Folge in den Beratungen im Reichstage erhielt, § 35 Absatz 2 in der Fassung von 1869 (3). Die formalen Gesichtspunkte der Kritik hatten doch zur Folge, daß die kommende Vorschrift des § 34 (Entwurf) mit dem Erfordernis des Zuverlässigkeitsnachweises durch die Untersagungsmöglichkeit bei gewerbebezogener Delinquenz in § 35 2. Absatz ersetzt würde.

Von der Vorgeschichte her (§§ 49, 57 AGO) erklärt sich auch die Hereinnahme der Pfandleiher in § 35 Absatz 2 GewO, obwohl diese in § 34 des Entwurfes zeitweilig fehlten. Die gemeinsame Regelung des Pfandleihgewerbes zusammen mit dem Trödlergewerbe legte sich dem Gesetzgeber auch vom beabsichtigten Schutz der Eigentumsordnung (Möglichkeit, Diebstählen auf die Spur zu kommen) her nahe (4).

Ähnliche Überlegungen galten für den in § 35 Absatz 2 aufgenommenen Kleinhandel mit Garnabfällen, Enden oder Dräumen von Seide, Wolle, Baumwolle oder Leinen, welcher bereits in § 49 der Allgemeinen Gewerbeordnung für Preußen in der Fassung des Gesetzes vom 22.6.1861 enthalten war, der das Gesetz vom 5.6.1852, welcher den Handel mit derartigen Materialien für konzessionspflichtig erklärte, bestätigte.

(1) Sten.Ber. 1869, 1.Bd., S.246 (Abgeordneter von Hennig).

(2) Sten.Ber. 1869, aaO, S.346.

(3) Entscheidung des Königlichen OVG Berlin 1891 (OVG 21, 324).

(4) Sten.Ber. 1869, 1.Bd., 19.Sitzung am 14.4.1869, S.383.

Dabei wurden bei den Reichstagsverhandlungen von 1869, in denen die Aufnahme dieses Handels in § 35 (im Entwurf § 34) diskutiert wurde, die Motive des Preußischen Gesetzes vom 5.6.1852 herangezogen: "Das Bedürfnis, den Handel mit den in dem Gesetz-Entwurf gedachten Webstoffen einer polizeilichen Kontrolle zu unterwerfen, wird durch zahlreiche Klagen über die wachsende Neigung der Arbeiter zur Veruntreuung der ihnen übergebenen Webstoffe, über den traurigen Einfluß dieser Übelstände auf den sittlichen Zustand der Arbeiter und ihr Verhältnis zu dem Arbeitgeber, wie über die Größe des durch diese Veruntreuungen und Diebstähle herbeigeführten, auf die Verhältnisse der Arbeiter selbst notwendig rückwirkenden pekuniären Verlustes erwiesen. Die Unmöglichkeit, die veruntreuten Stoffe als das entzogene Eigentum zu erkennen, hindert selbst in den seltenen Fällen der Entdeckung des Vergehens die Bestrafung der Täter. Es kann daher jetzt meist nur dadurch dem durch umherziehende Zwischenhändler begünstigten und den Vertrieb der verwendeten Stoffe in das Ausland vermittelnden Handel mit diesen Stoffen entgegengewirkt werden, daß die Arbeitgeber jeden Arbeiter, gegen den sie Verdacht haben, entlassen, ein Verfahren, welches nicht selten den Unschuldigen treffen wird, und das schon bestehende Mißtrauen zwischen beiden Klassen noch zu steigern geeignet ist. Es empfiehlt sich daher, so viel wie möglich, diesen Veruntreuungen vorzubeugen und den gedachten Handel einer Kontrolle in gleicher Weise zu unterwerfen, wie das Gewerbe der Trödler derselben unterliegt." (1)

c) Schließlich war in § 35 Absatz 3 die Möglichkeit gegeben, das Geschäft eines Gesindevermieters demjenigen zu untersagen, der wegen gewinnsüchtiger oder unsittlicher Delikte bestraft worden war.

Als Begründung gab man sich mit der Feststellung zufrieden, daß dieses Gewerbe nach fast allen Gewerbegesetzen konzessionspflichtig sei, "weil das Gewerbe, namentlich in großen Städten, ein besonderes Vertrauen des Publikums in Anspruch nimmt und leicht zum sittlichen Nachteil der Dienstboten mißbraucht werden kann" (2).

d) Gerade die sehr enge Formulierung des § 35, nämlich, daß die Untersagungsmöglichkeit an deliktische Handlungen der Gewerbetreibenden anknüpfte, läßt einen fragen, ob diese Möglichkeiten nicht besser in poenalen Nebengesetzen untergebracht gewesen wären. Andererseits wird nur derjenige das

(1) Sten.Ber. 1869, 3.Bd. (Anlagen), Aktenstück Nr.13, S.119.

(2) Sten.Ber. 1869, 3.Bd. (Anlagen), Aktenstück Nr.13, S.119.

in § 35 GewO liegende gesetzgeberische Verdienst zu würdigen wissen, der die Vorgeschichte dieses Paragraphen zur Würdigung heranzieht. Dann zeigt sich nämlich, daß die Leistung des Gesetzgebers gerade in der engen Fassung zu sehen ist. Sie war gegenüber der ausufernden Formulierung des § 49 AGO (1) ein Fortschritt.

Im einzelnen ist die präzisierende Einengung der neuen Regelung darin zu sehen:

- i) Beschränkung auf die Gewerbe der Tanz-, Turn- und Schwimmlehrer, der Trödler, Kleinhändler mit Enden und Dräumen von Seide, Wolle, Baumwolle und Leinen, Pfandleiher und Gesindevermieter.
- ii) Untersagung aus Anlaß gewerbebezogener Delikte statt Überzeugung der Behörde von der Zuverlässigkeit der Gewerbetreibenden bei Gewerbebeginn.
- iii) Bindung der Rechtsfolge an eine gewerbebezogene Rechtsgutverletzung statt willkürliche Aufzählung von Gewerben, die in einem ebenso willkürlichen Verdacht der Unzuverlässigkeit stehen.

Festzuhalten ist, daß der gesetzgebungstechnische Fortschritt der Präzisierung und Einschränkung des gesetzlichen Tatbestandes durch eine engere, konkrete Fassung des Gesetzestextes erzielt wurde, wobei auch die Aufzählung von Kriterien eine Beschränkung erfuhr. Dies ist insofern wichtig, als später zu zeigen sein wird, daß eine noch größere Präzisierung auch durch eine anscheinend weitere, aber im Grunde nur abstraktere Fassung des Gesetzestextes möglich ist.

§ 4 Die Änderungen des § 35 der Gewerbeordnung

Auf dem Wege zu dieser Präzisierung sind die nach 1869 und vor der Neufassung des § 35 GewO vom 5.2.1960 erfolgten Änderungen von Interesse. Ausführliche Behandlung erfahren dabei nur diejenigen Änderungen, die gesetzestechnische Neues bringen. Bloße enumerative Erweiterungen oder Einschränkungen der in § 35 geregelten Gewerbearten sind in dieser Hinsicht ohne Belang und werden nur durch wenige Bemerkungen berücksichtigt werden. Aus den meisten Änderungen wird nur ersichtlich, wie der Umfang der gewerblichen Tätigkeit jener Personengruppe, deren Zuverlässigkeit dem Gesetzgeber fraglich erschien, Schwankungen unterworfen war. Eine Fluktuation in der ge-

(1) siehe Anhang, S.142 f.

werblichen Tätigkeit dieser Personengruppe drückt sich darin aus, daß andauernd Berufe in § 35 hinein- und wieder herausgenommen wurden. § 35 erfuhr in der Zeit bis 1960 insgesamt elf Änderungen (1).

1. Novelle zur Gewerbeordnung vom 23.7.1879; der Gewerbebetrieb der Pfandleiher wurde hierdurch in § 34 GewO einer strengeren Regelung, nämlich der Erlaubnispflicht unterworfen.

2. Novelle zur Gewerbeordnung vom 1.7.1883, welche die Möglichkeit der Gewerbeuntersagung auf eine Reihe weiterer Gewerbebezüge ausdehnte: auf die Rechtskonsulenten, Auktionatoren, Stellenvermittler, den Betrieb von Badeanstalten.

Die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten, insbesondere die Abfassung darauf bezüglicher Aufsätze, war Gegenstand eines Gewerbebetriebs, welcher seit dem Erlaß der Gewerbeordnung von 1869 keiner gewerbepolizeilichen Beschränkung mehr unterlag und sich großer Beliebtheit erfreute. Trotz eines relativ hohen Prozentsatzes unfähiger, vielfach vorbestrafter Gewerbetreibender in diesem Gewerbe (oft gescheiterte Rechtsanwälte), - eine Statistik aus Preußen bezeichnet 58% der beschäftigten Rechtskonsulenten als unzuverlässig -, sprach sich erstaunlicherweise ein Abgeordneter bei den Beratungen gegen die Aufnahme dieses Gewerbes in § 35 aus (2); nicht um die Unterdrückung, vielmehr um eine Anhebung dieses Standes gehe es. Da es sich in diesen Gewerben häufig um gescheiterte Existenzen handele - er führt das Beispiel eines jungen Rechtsanwaltes an, der sich einmal eine Unterschlagung zuschulden kommen ließ - diese nach der vorgesehenen Regelung zwar die Berufsausübung beginnen dürften, ihnen jedoch jederzeit die früheren Verfehlungen als Tatsachen, welche die Unzuverlässigkeit dartun, vorgehalten werden könnten, würde man "das Schicksal eines solchen Mannes so in die Hand der Behörden legen, daß immer das Damoklesschwert der Untersagung über seinem Haupte schwebt" (3).

Aber auch gegen die Einführung einer Konzessionspflicht für das Gewerbe der Rechtskonsulenten führte man Bedenken an, vor allem, weil es sehr schwer erschien, sowohl für die Frage des Bedürfnisses als auch für die Frage der Befähigung objektive Anhaltspunkte zu finden, die der Entscheidung der Behörde hätten zugrunde gelegt werden können. Außerdem sah man zu Recht im

(1) Siehe hierzu Eyermann-Fröhler, aaO, § 35, Fußnote zur RdNr.1.

(2) Sten.Ber. 1883, 4.Bd., 89.Sitzung am 29.Mai 1883, S.2632.

(3) Sten.Bern 1883, 4.Bd., 89.Sitzung am 29.Mai 1883, S.2633.

Falle einer Konzessionserteilung die Gefahr, daß die Mandanten hierin eine Art Qualitätsbezeugung, eine von den Behörden übernommene Garantie für ihren Rechtsvertreter sehen würden.

Nach einigem Abwägen entschloß man sich doch für die Aufnahme des Rechtskonsulentengewerbes in § 35; hatten so doch wenigstens alle Gewerbetreibenden die gleichen Wettbewerbschancen und es durch ihr Verhalten in der Hand, ein Einschreiten der Behörde zu provozieren.

Nicht uneigennütziger Natur waren dabei Überlegungen der Verwaltungsbeamten, besonders aus kleinen Gemeinden, die in einer Zeit, in der Rechtsanwälte deutlich den Trend zur Konzentrierung in den Städten zeigten, nicht gerne im Publikumsverkehr auf leserliche und verständliche Eingaben und Schriftsätze verzichten wollten, ja, ein Abgeordneter erklärte, nach den Rechtskonsulenten bestünde absolutes Bedürfnis (1).

Daß es nicht umsonst war, sich eine gewisse Aufsicht über diesen Gewerbezweig vorzubehalten, zeigte sich in den auf die Novelle folgenden Jahrzehnten, in denen sich eine Vielzahl von Entscheidungen mit der Untersagung unzuverlässiger Rechtskonsulenten, weil unqualifiziert und betrügerisch, befassen mußten.

Das Gewerbe der Auktionatoren wurde auf Grund der überhandnehmenden Mißstände in einigen Bundesstaaten in § 35 aufgenommen.

Hervorgehoben wurde, daß die Auktionatoren besonders bei Versteigerung von Immobilien großen Schaden anrichteten, weil sie mangels Gesetzeskundigkeit die Eigentumsverhältnisse nicht gehörig überprüften und damit oft den Grundstein zu ausgedehnten Rechtsstreitigkeiten legen würden (2). Ferner bezogen sich die Klagen auf überhöhte Gebührenrechnungen, Unterschlagung des Auktionserlöses, Täuschung hinsichtlich der Güte der Waren; "In der Auktion entzieht sich dem, der etwas erstehen will, die Ware. Die Ware ist ausgelegt, eine Einsicht, eine genaue Prüfung ist unmöglich. Es werden Goldsachen angeboten, die von Messing sind, Golduhren, die Tombakuhren sind" (3). Die Möglichkeit einer nachträglichen Untersagung dieses Gewerbebetriebes in Verbindung mit einer laufenden Kontrolle der gemäß § 38 GewO zu führenden Geschäftsbücher erschien dem Gesetzgeber zum Schutze des Publikums unerlässlich (4).

(1) Sten.Ber. 1883, 3.Bd., 60.Sitzung am 7.April 1883, S.1731, Abgeordneter Munkel.

(2) Sten.Ber. 3.Bd., 60.Sitzung am 7.4.1883, S.1732.

(3) Sten.Ber. 4.Bd., 89.Sitzung am 29.5.1883, S.2628.

(4) Vergleiche im einzelnen Rohrscheidt, aaO, S.194.

Was den Handel mit Dynamit oder anderen Sprengstoffen betrifft, so ergab sich aus der Natur dieser Handelsware, welche Folgen die Handhabung durch unzuverlässige Gewerbetreibende haben konnte. Dabei handelte es sich nicht nur darum, daß gewisse Personen in ihrem Vermögen geschädigt werden konnten, vielmehr standen meist Eigentum, Leben und Gesundheit auf dem Spiel.

Die Möglichkeit der Untersagung von Badeanstalten wurde nur auf den Verdacht - vor allem des Abgeordneten von Schalscha (1) - hin, es könne irgendwann einmal bei dem Betriebe von Badeanstalten, da dem Schwimmunterricht verwandt, zu Mißständen kommen, in § 35 statuiert.

Der Abgeordnete Baumbach meinte hierzu: "Wenn wir auf solche Eventualitäten, auf solche Möglichkeiten hin ein Gesetz machen wollen, so ist das wirklich eine sehr bedenkliche Sache." (2) Scharf gegen die Aufnahme wandte sich auch der Abgeordnete Meibauer (3).

Dennoch wurde mit Vehemenz - und wie sich zeigt, erfolgreich - für die Aufnahme der Badeanstalten in § 35 plädiert: "...Ich freue mich, daß Sie die Bestimmungen bezüglich des Dynamits zugestanden haben; ja, meine Herren, wo es sich darum handelt, daß es einem ans Leben gehen kann, wo es ungemütlich werden kann, sind auch Sie immer so nett und freundlich uns zu helfen, da kommen auch Sie und sagen: 'hier muß die Polizei schützen, daß wir nicht durch Dynamitexplosionen etc. geschädigt werden.' Aber, meine Herren, wir legen, wie ich schon vorhin ausführte, unter Umständen größeren Wert darauf, daß nicht gute Sitte und Moral, als daß Leben und Eigentum durch Dynamit in die Luft gesprengt wird." (4)

Die Stellenvermittler wurden aus denselben wie auch für die Gesindevermieter geltenden Gründen unter § 35 gebracht (5).

Bezüglich der Vermittlungsagenten wurde betont, "daß in einzelnen Teilen des Reiches das Treiben dieser Art von Agenten einen gemeinschädlichen Umfang und Charakter angenommen habe" (6). Besonders erregtes Debattieren galt der Aufnahme der Heiratsvermittler in § 35: Der Abgeordnete von Köller

(1) Sten.Ber. 1883, 4.Bd., 89.Sitzung am 29.5.1883, S.2631.

(2) Sten.Ber. 1883, 4.Bd., 89.Sitzung am 29.5.1883, S.2631.

(3) Sten.Ber. 1883, 3.Bd., 60.Sitzung am 7.4.1883, S.1740.

(4) Sten.Ber. 1883, 3.Bd., 60.Sitzung am 7.4.1883, S.1730.

(5) Sten.Ber. 1883, 3.Bd., 60.Sitzung am 7.4.1883, S.1731.

(6) Sten.Ber. 1883, 3.Bd., 60.Sitzung am 7.4.1883, S.1727.

zitierte anhand einer Klage des Berliner Tageblatts: "... Wir finden - der Artikel fängt an: 'Die ungemessene Vertrauensseligkeit des weiblichen Geschlechts' - hier wieder, wie ein unglückliches Dienstmädchen durch ein solches Heiratsvermittlungsbüro mit einem schlechten Bräutigam beglückt worden ist, der nichts eiligeres zu tun gehabt hat, als das Mädchen um ihre Ersparnisse zu betrügen und dann zu verschwinden ... Ich will nur darauf hinweisen, daß derartige Zustände schreiend sind; das Berliner Tageblatt klagt alle Tage über solche Zustände. - (Ruf: Lassen Sie es schreien!) - 'Lassen Sie es schreien!' das ist nicht hübsch gesagt von dem Herrn; denn wenn derartige Zustände im Lande sind, dann lasse man die Presse nicht vergeblich schreien, sondern prüfe, was Wahres daran ist, und dann schaffe man Abhilfe" (1).

3. Durch Artikel III des Gesetzes vom 19. Juni 1893 betreffend die Ergänzungen der Bestimmungen über den Wucher (RGBl. S. 197), wurde in § 35 Absatz 3 GewO der gewerbsmäßige Betrieb der Viehverstellung (Viehpaht), des Viehhandels und des Handels mit ländlichen Grundstücken eingefügt (2).

4. Die Novelle zur Gewerbeordnung vom 6. 8. 1896 (RGBl. S. 685), brachte durch Artikel V folgende Neuerung in § 35:

"Der Handel mit Drogen und chemischen Präparaten, welche zu Heilzwecken dienen, ist zu untersagen, wenn die Handhabung des Gewerbebetriebs Leben und Gesundheit von Menschen gefährdet. Der Kleinhandel mit Bier kann untersagt werden, wenn der Gewerbetreibende wiederholt wegen Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften des § 33 bestraft ist.

Ist die Untersagung erfolgt, so kann die Landeszentralbehörde oder eine andere von ihr zu bestimmende Behörde die Wiederaufnahme des Gewerbebetriebes gestatten, sofern seit der Untersagung mindestens ein Jahr verflossen ist."

Hinsichtlich der Begründung der Aufnahme des Handels mit den zu Heilzwecken dienenden Drogen und chemischen Präparaten wird bei Rohrscheidt (3) ausgeführt: "Dringende Gründe sprechen dafür, auch den Handel mit den zu Heilzwecken dienenden Drogen und chemischen Präparaten den Bestimmungen des § 35 zu unterstellen.

Es haben sich nämlich bei der Durchführung der auf Grund des § 6 Absatz 2 der Gewerbeordnung erlassenen Kaiserlichen Verordnung vom 4. Januar 1875 und 27. Januar 1890 über den Verkehr mit Arzneimitteln schwere Übelstände ergeben....

(1) Sten. Ber. 1883, 3. Bd., 60. Sitzung am 7. 4. 1883, S. 1732.

(2) Siehe hierzu die Reichstagsverhandlungen, 1892/93, Sten. Ber. S. 1939-44, 2076, 2077, 2102.

(3) Rohrscheidt, aaO, S. 196.

Die Gefährlichkeit, welche dieses gesetzeswidrige Treiben schon an sich für die gesundheitlichen Interessen des großen Publikums im Gefolge hat, erhöht sich wesentlich dadurch, daß, wie vielfach angestellte Ermittlungen ergeben haben, das in den Drogenhandlungen beschäftigte Personal, welches mit der Zubereitung der Medikamente befaßt ist, zum weitaus größten Teile jeglicher sachverständigen Schule entbehrt und vielfach sogar der lateinischen Sprache, in welcher die Rezepte abgefaßt sind, nicht mächtig ist.

Es kommt hinzu, daß die Zubereitung der Arzneimittel in den Drogenhandlungen aus naheliegenden Gründen in der Regel im Geheimen vorgenommen wird, und zu diesem Behufe in möglichst abgelegenen Privaträumen, Schlafzimmern, Alkoven und sonstigen den beaufsichtigenden Beamten nicht zugänglichen Gelassen erfolgt, in denen die zur Rezeptur erforderlichen Mittel und Sondergeräte in durchaus unzulänglicher Weise, oft im wilden Durcheinander (Gifte wie Sublimat, Morphinum, Quecksilberjodid, Opiumtinktur neben Amonium chloratum pulverat, Goldschwefel, Rhabarbertinktur etc.) aufbewahrt werden."

Der an keine Genehmigung gebundene und unter keiner Aufsicht stehende Kleinhandel mit Bier erlebte allgemein einen bedeutenden und der Obrigkeit offensichtlich nicht angenehmen Aufschwung, zumal es für die Polizeibeamten oft nicht möglich war, diese im Verborgenen blühenden Schankwirtschaften aufzuspüren (1).

Die Möglichkeit, den Gewerbebetrieb über § 35 GewO untersagt zu bekommen, mußte für alle dort aufgeführten Gewerbetreibenden um so abschrecken-der wirken, als eine Wiederaufnahme im Gesetz nicht vorgesehen war. Allerdings entschieden manche Verwaltungsgerichte in den einzelnen Ländern zugunsten der Gewerbetreibenden, daß der Gewerbebetrieb nur solange untersagt bleiben sollte, als es das öffentliche Interesse verlangte. Das führte jedoch zu einer ungleichen Behandlung der Gewerbetreibenden, in deren Bezirk mangels einer entsprechenden Rechtsprechung der Gerichte die Möglichkeit der Wiederaufnahme des Geschäftsbetriebs ausgeschlossen war; schließlich war die Wiederaufnahme eines Gewerbebetriebs, soweit die Voraussetzungen für dessen Untersagung entfallen waren, volkswirtschaftlich erwünscht (2).

(1) Siehe hierzu: Rohrscheidt, aaO, S.195.

(2) Rohrscheidt, aaO, S.196.

5. Das Gesetz vom 30.6.1900 (RGrBl. Nr.25, S.321) schaltete die gewerbsmäßige Auskunftserteilung in § 35 Absatz 3 GewO ein; Pfandvermittler, Stellenvermittler und Gesindevermieter wurden aus § 35 herausgenommen und in § 34 dem Erlaubniszwang unterworfen (1).

6. Das Gesetz vom 7.1.1907, betreffend die Abänderung der Gewerbeordnung (RGrBl. Nr.2, S.3 ff.), brachte das Gewerbe der Bauunternehmer, Bauleiter und die einzelnen Zweige des Baugewerbes unter § 35 Absatz 5 (2).

7. Durch das Gesetz vom 29.6.1908, betreffend die Abänderung der Gewerbeordnung (RGrBl. Nr.42, S.473), wurde gelegentlich der Beratung des Vogelschutzgesetzes in § 35 Absatz 2 der Handel mit lebenden Vögeln der Möglichkeit einer Gewerbeuntersagung unterworfen (3).

8. Auf Grund von § 32 des Gaststättengesetzes vom 28.4.1930 (RGrBl.I, S. 146), wurde der Kleinhandel mit Bier aus § 35 GewO herausgenommen.

9. Durch § 13 des Gesetzes über das Versteigerergewerbe vom 16.10.1934 (RGrBl.I, S.974), geändert durch die Gesetze vom 27.2. und 31.5.1935 (RGrBl.I, S.289, 723), wurden die Auktionatoren aus § 35 Absatz 3 herausgenommen.

10. Artikel III des Gesetzes zur Verhütung von Mißbrauch auf dem Gebiete der Rechtsberatung vom 13.12.1935 (RGrBl.I, S.1478) gab dem Eingang des § 35 Absatz 3 eine neue Fassung.

11. Das vierte Bundesgesetz zur Änderung der Gewerbeordnung vom 5.2.1960 (BGBl.I, S.61) gestaltete § 35 zu einer generellen, bundeseinheitlichen Untersagungsnorm um, welche gleichzeitig als Ergänzung der Handwerksordnung und des Gesetzes über die Berufsausübung im Einzelhandel gedacht ist.

Lediglich die Änderung der Gewerbeordnung vom 1.Juli 1883 führte zu einer bedeutsamen Neufassung des § 35: "Die Erteilung von Tanzunterricht ... ist

- (1) Siehe hierzu RTV 1890/91, Entw.Drucks.Nr.4, KB Drucks.Nr.190; ferner Drucks.Nr.304; Sten.Ber., S.121 ff., 141 ff., 169 (1.Ber.), S.1451 ff., 2127 (2.Ber.), S.2739 ff. (3.Ber.).
- (2) Siehe: RTV 1905/6, Drucks.Nr.101 Entw., Nr.361 KB, Drucks.Nr.566 (2.Ber.), Sten.Ber., S.3767 ff., 3805 ff. (2.Ber.), S.4269 ff. (3.Ber.).
- (3) Siehe: RTV 1907/08, KB Drucks.Nr.842, AnlBd. S.5099, 5100, 5104, Sten.Ber., S.4910 (1.u.2.Ber.), und S.5228 (3.Ber.).

zu versagen, wenn Tatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden in bezug auf diesen Gewerbebetrieb dartuen." (1)

Diese Fassung ersetzte die enge Bindung der Untersagungsmöglichkeit an das Vorliegen gewerbebezogener deliktischer Handlungen durch die Bindung der Untersagungspflicht an das Vorliegen von Tatsachen, "welche die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden in Bezug auf diesen Gewerbebetrieb dartuen".

Sieht man diese neugefaßte Vorschrift im Kontext ihrer Vorgängerinnen und sieht man einen gesetzlichen Tatbestand in der Spannung zwischen Überzeugungs- und Tatsachengehalt, oder zwischen Wertung und sachlicher Feststellung, so wird man bemerken, daß die Formulierung des § 49 AGO, in der Fassung von 1861 etwa, ganz auf der Wertungsseite liegt ("wenn sich die Behörden von ihrer Zuverlässigkeit in Beziehung auf den beabsichtigten Gewerbebetrieb überzeugt haben"), § 35 der GewO 1869 ganz auf die Feststellungsseite zu setzen ist ("...kann denjenigen untersagt werden, welche wegen Vergehen oder Verbrechen gegen die Sittlichkeit, wegen aus Gewinnsucht begangener Vergehen oder Verbrechen gegen das Eigentum bestraft worden sind"). Allerdings wurde die Erhöhung des Tatsachengehalts des § 35 GewO 1869 erkaufte durch eine Einengung auf die Berücksichtigung poenalen Verhaltens, was eher an Nebenstrafrecht als an Gewerberecht denken läßt. Der gesetzestechnische, spezifisch gewerberechtliche Fortschritt der Änderung von 1883 ist darin zu sehen, daß in der neuen Formulierung der Tatsachengehalt überwiegt, er aber nun nicht mehr mit außergewerberechtlichen, poenalen Kriterien definiert wird. § 35 GewO von 1883 bringt also die erste originär gewerberechtliche Formulierung des Untersagungsstatbestandes, wobei der Präzisierungseffekt des gesteigerten Sachgehalts der Norm durch eine abstrakte Formulierung erzielt wird (2): Es müssen Tatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit in bezug auf den Gewerbebetrieb dartuen. Dem (auch rechtsstaatlichen) Erfordernis der Nachprüfbarkeit im Feststellungsbereich ist damit in weitem Maße entsprochen. Eine weitere Präzisierung ist darin zu sehen, daß die in der Kann-Vorschrift des § 35 von 1869 ("darf untersagt werden...") liegende Wertung ersetzt wurde durch eine Mußvorschrift ("ist zu versagen...") mit entsprechender Tatsachenfeststellung ("wenn Tatsachen

(1) Siehe Anhang, S.146.

(2) Die Wendung, "wenn Tatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden dartuen", war als solche nicht neu. Sie kam bereits in § 30 a GewO, eingefügt durch die Novelle vom 23.Juli 1879, vor, allerdings nicht im Zusammenhang mit dem Untersagungsstatbestand.

vorliegen..."). Einschränkend ist zu sagen, daß die Tatsachenfeststellung noch eine Tatsachenwertung beinhaltet ("Tatsachen, welche dartuen").

3.Kapitel: Niedergang und Wiederbelebung des Gewerberechts im 20.Jahrhundert

§ 1 Die Zeit vom Ersten Weltkrieg bis 1945

Eine Reihe von Einschränkungen der Gewerbefreiheit, zum Teil auch in der Form der Berufs- und Gewerbeuntersagung, erfolgte in der Zeit nach dem Ersten Weltkrieg. Dieser Wandel in der Gewerbepolitik ist aufs engste mit den politischen Intentionen zum Schutz des gewerblichen Mittelstandes verbunden, welche wiederum im Zusammenhang mit der Wirtschaftskrise zu sehen sind. Die Wirtschaftskrise setzte den Bemühungen, "bei den konstruktiven Entwicklungslinien der Vorkriegszeit wieder anzuknüpfen", ein Ende (1).

Wenn man die Unterminierung des Prinzips der Gewerbefreiheit für die kommende Zeit in ihrem ganzen Ausmaß realisieren will, muß eine neu einsetzende gesetzgeberische Entwicklung ins Auge gefaßt werden: Das Entstehen einer ganzen Reihe gewerberechtlicher Nebengesetze mit Untersagungstatbeständen. Von diesen gewerberechtlichen Nebengesetzen her erfolgte die Aufhebung oder Einschränkung der Gewerbefreiheit. So war es möglich, die Gewerbeordnung in ihrem Gehalt zu entleeren, ohne sie formal anzutasten. Es ist bezeichnend, daß während dieser Zeit nur drei Änderungen des § 35 GewO erfolgten, welche am Wesensgehalt dieses Paragraphen nichts änderten (2), aber in derselben Zeit eine Vielzahl von Sondergesetzen erging, die Untersagungstatbestände brachten (3).

(1) Tuchtfeldt, aaO, S.52.

(2) a) Gaststättengesetz vom 28.4.1930 (RGBl.I, S.146) verfügte in § 32 die Streichung des auf dieses Gewerbe bezüglichen Satzes 2 des § 35 Absatz 4.

b) Durch § 13 des Gesetzes über das Versteigererwesen vom 16.10.1934 (RGBl.I, S.974,1111) wurden im Absatz 3 im ersten Satz die Worte "sowie von Geschäften eines Auktionators" und der letzte Satz gestrichen.

c) Art.3 des Gesetzes zur Verhütung von Mißbräuchen auf dem Gebiete der Rechtsberatung vom 13.12.1935 (RGBl.I, S.1478) beruht die neue Fassung der Eingangsworte des Absatz 3.

(3) z.B.

a) Verordnung über Handelsbeschränkungen vom 13.7.1923 (RGBl.I, 706),

1. Das Entstehen gewerberechtlicher Sondergesetze

Mit Rücksicht auf die vom Thema her gesetzten Grenzen werden nur die Gesetze mit Untersagungstatbeständen angeführt. Auf eine Darstellung all jener Spezialgesetze, die das Gewerberecht und die Gewerbefreiheit auf andere Weise aushöhlen, muß hier verzichtet werden (1).

Hervorzuheben ist die Verordnung des Bundesrats vom 23.9.1915, betreffend die Fernhaltung unzuverlässiger Personen vom Handel (2). § 1 bestimmte:

"Der Handel mit Gegenständen des täglichen Bedarfs, insbesondere Nahrungs- und Futtermittel aller Art, sowie rohen Naturerzeugnissen, Heiz- und Leuchtstoffen oder mit Gegenständen des Kriegsbedarfs ist zu untersagen, wenn Tatsachen vorliegen, die die Unzuverlässigkeit des Handeltreibenden in bezug auf den Handelsbetrieb dartun. Das Handelsgewerbe, dessen Betrieb untersagt worden ist, ist ganz genau zu bezeichnen. Die Untersagung ist im

in der Fassung der VO v.26.6.1924, des Gesetzes v. 19.7.1926, des Lebensmittelgesetzes v. 5.7.1927 und des Gesetzes v. 22.3.1934 und 19.12.1935 (RGBl. 1923, I, S.706; 1924 I, S.661; 1926 I, S.413; 1927 I, S.134; 1934 I, S.213; 1935 I, S.1516), § 20. (Früher: § 1, 1923).

- b) Gaststättengesetz vom 28.4.1930 (RGBl.I, S.146), § 13.
- c) Verordnung über Speiseeiswirtschaften vom 16.7.1934 (RGBl. I, S.709), § 5.
- d) Gesetz über die Beaufsichtigung der privaten Versicherungsunternehmer und Bausparkassen vom 6.6.1931 (RGBl.I, S.315), geändert durch das Gesetz v. 5.3.1937 (RGBl.I, S.269), §§ 87 und 112.
- e) Tierschutzgesetz vom 24.11.1933 (RGBl.I, S.987), § 11.
- f) Gewerbeuntersagung aufgrund von § 42 1 des StGB, eingeführt durch das Gesetz vom 24.11.1933 (RGBl.I, S.995).
- g) Gesetz zur Förderung der Energiewirtschaft vom 13.12.1935 (RGBl.O, S.1451), § 8.
- h) Gesetz über das Kreditwesen, i.d.F. vom 25.9.1939 (RGBl.I, S. 1955), §§ 5, 6.

(1) Siehe hierzu Tuchtfeldt, aaO, S.63.

(2) Verordnung des Bundesrats vom 23.9.1915 (RGBl.S.603), auf Grund des § 3 des Gesetzes über die Ermächtigung des Bundesrats zu wirtschaftlichen Maßnahmen vom 4.8.1914 (RGBl. S.327). Die Vorschrift bezweckte insbesondere die Ausschließung von Preistreibern.

Amtsblatt der untersagenden Behörde und im Reichsanzeiger bekanntzugeben.

Bei der Feststellung der Tatsachen, welche die Unzuverlässigkeit in bezug auf den Handelsbetrieb dartun, sind insbesondere zu berücksichtigen Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften über Höchstpreise, Vorratserhebungen, Preisaushang und übermäßige Preissteigerung."

Dieser Vorschrift folgte die Verordnung über Handelsbeschränkungen vom 13.7. 1923, deren § 20 bis 1960 bedeutsam blieb (1).

Inzwischen hatte sich die berufsständische Organisation des Handwerks verfestigt (2). Mit den politischen Ereignissen von 1918 nahm auch der politische Einfluß des Mittelstandes zu. Die Wirtschaftskrise verstärkte noch den politischen Druck des Kleinbürgertums. Wirtschaftliche Not, das Schwinden liberaler Gesinnung, das Ringen extremer ideologischer Mächte setzten die kleinbürgerlichen Kräfte frei, die sich 1933 ihre "Revolution" gaben. Im Nationalsozialismus hatte sich der Mittelstand sein Programm und seine Herrschaftsform gegeben. "Breite Teile des Kleinbürgertums haben die Sache des Nationalsozialismus zu der ihrigen gemacht, die Partei nimmt heute vor allem sie in Anspruch" (3). "Das ständische Wunschbild bezeichnet den Punkt, an dem sich die Eigentümer und Arbeitnehmer des Mittelstandes, an dem sich also

-
- (1) Die Vorschrift über die Untersagung des Handels mit Gegenständen des täglichen Bedarfs hat sich bis zur Außerkraftsetzung durch das vierte Bundesgesetz zur Änderung der Gewerbeordnung vom 5.2.1960 gehalten und lautete zuletzt in der Fassung vom 19.12.1935: § 20: "Der Handel mit Gegenständen des täglichen Bedarfs ist von der zuständigen Behörde zu untersagen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß der Handeltreibende die für den Handelsbetrieb erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzt. Die Untersagung kann auf den Handel mit bestimmten Gegenständen beschränkt werden. Die endgültige Untersagung ist in geeigneter Weise öffentlich bekanntzumachen."
 - (2) Dazu instruktiv Tuchtfeldt, aaO, S.56 ff.
 - (3) Theodor Geiger, Die Mittelstände im Zeichen des Nationalsozialismus. Aus: Die soziale Schichtung des deutschen Volkes, Soziographischer Versuch auf statistischer Grundlage, Stuttgart 1932, S.109-122; wieder abgedruckt in: Theodor Geiger, Arbeiten zur Soziologie, Neuwied 1962, S.335-353, 338.

die beiden Mittelstände, finden konnten" (1). Es war nur selbstverständlich, daß die gewerberechtliche Gesetzgebung des Nationalsozialismus das Wunschbild seiner Wähler auch durchsetzte. Zwar entsprach die Beseitigung der Gewerbefreiheit den Absichten der Gewerbetreibenden nur unter der Bedingung, daß sie ihnen auch zugute komme. Daß die Nutznießung der Gewerbebefreiheit im Zuge der Entfaltung des totalitären Regimes sich von den Gewerbetreibenden auf den Staat verlagerte, entspricht nur dem Risiko eines jeden, der im eigenen Interesse nach Freiheitsbeschränkungen ruft.

2. Die Aushöhlung des Prinzips der Gewerbefreiheit

Der Begriff der Gewerbefreiheit wurde nationalsozialistischen Anschauungen gemäß interpretiert, die §§ 1 und 143 GewO als liberalistische Programmsätze abgelehnt (2), aber nicht geändert! Wenn auch der Grundsatz der Gewerbefreiheit formell nie aufgegeben wurde, "war ihm doch sein materieller Gehalt genommen, wie die Gesetzgebung dieser Jahre zeigt" (3).

Durch eine vom Parteiapparat straff gelenkte Organisation, die der Gleichschaltung des Wirtschaftslebens mit dem Ziele der auf Aufrüstung orientierten Produktion dienen sollte, wurde unter dem Schlagwort "Gemeinnutz geht vor Eigennutz" das Prinzip der Gewerbefreiheit zu einer leeren Phrase herabgewürdigt, bis sich die Gleichschaltung in die vollständige Gewerbefeindlichkeit verkehrte (4).

Aus einem modernen Gewerberecht, das in seinen Anfängen von der freien Gewerbeausübung ausging, wurde ein Zulassungssystem, wobei auf das volkswirtschaftliche Bedürfnis neben der charakterlichen und wirtschaftlichen Zuverlässigkeit abgestellt wurde (5). In der Gesetzgebung des Kabinetts Hitler gab es eine Reihe von Möglichkeiten der Betriebsschließung auf Grund rechts-

-
- (1) Geiger, aaO, S.350. Zu den ideologischen Hintergründen auch Tuchtfeldt, aaO, S.53. Dazu auch: Helmut Schelsky, Die Bedeutung des Klassenbegriffs für die Analysen unserer Gesellschaft, in: ders., Auf der Suche nach der Wirklichkeit. Gesammelte Aufsätze, Düsseldorf 1965, S.352 ff.(373).
 - (2) F.Pauer, "Wandlungen im Gewerberecht", in: RVBl.1938, 1120.
 - (3) Eyermann-Fröhler, aaO, Einleitung, S.7; E. des Sächs.OVG v. 23.10. 1936 in DV 37, 61.
 - (4) Dazu E.Tuchtfeldt, Gewerbefreiheit, in: Handwörterbuch für Sozialwissenschaften, IV.Bd., Stuttgart, Tübingen, Göttingen 1965, S.502-507 (503).
 - (5) Merkel, DR 1935, 438.

kräftiger Verurteilung wegen bestimmter Wirtschaftsdelikte (1). Krause meinte zu Beginn einer Abhandlung im Jahre 1938: "Überblickt man die Fülle der im gegenwärtigen Wirtschaftsrecht bestehenden Untersagungsmöglichkeiten, so möchte sich einem zunächst die ängstliche Überlegung aufdrängen, Zweck der Unternehmen sei doch zu wirtschaften und nicht verboten zu werden" (2).

Man sieht, das Präventivsystem war allgemein geworden. Es hatte aber das Repressivsystem keineswegs verdrängt. Es hatte dieses nur insoweit denaturiert, daß es Präventivcharakter und Subsidiaritätsfunktion annahm.

Die trotzdem noch vereinzelt bestehen gebliebenen Lücken wurden dadurch geschlossen, daß die Polizei für sich das Recht in Anspruch nahm, in Fällen der Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden auch ohne gesetzliche Grundlage (als sogenannte "Verwirkung kraft ungeschriebenen Rechts" bezeichnet) die Schließung des Betriebes anzuordnen. Obwohl sich das Preußische OVG in ständiger Rechtsprechung gegen die Zulässigkeit polizeilicher Untersagungsnormen zur Wehr setzte (3), gewannen diese mehr und mehr an Bedeutung.

Charakteristisch für den damaligen Rechtszustand ist eine Entscheidung des Thüringischen OVG (4), welches das von der Polizei gegenüber einem Dentisten ausgesprochene Verbot, die Zahnheilkunde weiter auszuüben, da durch seine Behandlungsweise die Volksgesundheit gefährdet werde und diese Gefahr auf andere Weise nicht abgewendet werden könne, für rechtmäßig erachtete. In der Begründung wird ausgeführt, daß die bisherige Unzulässigkeit eines polizeilichen Betriebsverbotes nur die Folge einer von liberalen Anschauungen getragenen Auslegung des Grundsatzes der Gewerbefreiheit sei, die sich auf den liberalen Grundzug des Gesetzes stütze und weder in § 1 noch in § 143 GewO eine eigentliche Stütze finde. Mit dieser Kapitulation vor der polizeilichen Untersagung war die Eigenständigkeit der gewerberechtlichen Regelung der Gewerbeuntersagung in der gewerbefeindlichen Willkür des überbordenden Exekutivstaates untergegangen. Die gesetzestechnischen Errungenschaften einer mehr als hundertjährigen Entwicklung der rechtsstaatlichen Gewerbegesetzgebung waren zerstört. "Innerhalb weniger Jahre wurde dann ein Zustand weitgehender Gewerbeunfreiheit verwirklicht." (5)

(1) Siehe Anhang, S.147.

(2) H.Krause, Die Untersagung von Unternehmungen, ZAKDR 1938, 658, 697 (699).

(3) Pr.OVG in JW 34, 1814; JW 37, 1031; Bd.92, 99.

(4) Thür.OVG in DV 36, 130.

(5) Tuchtfeldt, aaO, S.53.

3. Die gewerberechtlichen Verhältnisse nach 1945

Bei Kriegsende war die Gewerbefreiheit zu einem leeren Begriff geworden; nur zehn Prozent aller Gewerbe konnten erlaubnisfrei begonnen werden, wobei sich dieser Prozentsatz aus wirtschaftlich unbedeutenden Gewerben zusammensetzte.

Aber auch nach 1945 erfolgte zunächst keine wesentliche Änderung der bestehenden Verhältnisse, die Gewerbefreiheit blieb zur Überbrückung der Notzeit weitgehend beschränkt: in einer Zeit der Warenbewirtschaftung, einer Zeit, in welcher Angebot und Nachfrage sich nicht im Gleichgewicht befanden, war eine völlige Freiheit des Wirtschaftens nicht diskutabel (1). Im Gegenteil, der Zustand der Gewerbeunfreiheit wurde in manchen Fällen noch durch Lizenzierungsgesetze verschärft, deren Erschwerungsmoment insbesondere in der Einführung der Bedürfnisprüfung für sämtliche Gewerbebranchen lag (2).

In der Zeit nach 1945 übten die Besatzungsmächte das Recht der Gesetzgebung aus. Diese beschränkten sich auf dem Gebiet des Gewerberechts im wesentlichen auf die Beseitigung der Gesetze und Vorschriften nationalsozialistischer Prägung, z.B. Bestimmungen über das Führerprinzip und die Organisation der gewerblichen Wirtschaft sowie der Vorschriften gegen die Juden.

Erst mit der Währungsreform von 1948 und der allmählichen Beseitigung der Güterknappheit wurde die Möglichkeit für eine Neuorientierung in der Gewerbepolitik geschaffen. Der erste Versuch scheiterte allerdings: das vom damaligen Frankfurter Wirtschaftsrat einstimmig beschlossene Gewerbezulassungsgesetz vom 9.7.1948 wurde von den Militärregierungen abgelehnt. Damit wurde eine für jedes Bundesland verschiedene Entwicklung des Gewerberechts ausgelöst.

4. Der Einfluß der amerikanisch besetzten Zone auf das Gewerberecht

Bedeutsam für diese Entwicklung wurde das Vorbild der amerikanischen Besatzungszone. Hier wurde auf Befehl der Militärregierung (durch die sogenannten OMGUS-Direktiven) (3) in den einzelnen Ländern der amerikanisch besetzten Zone die Gewerbefreiheit nach amerikanischem Vorbild angeordnet. Aus der amerikanischen Wirtschaftswirklichkeit und aus liberalen Wirtschafts-

(1) Tuchtfeldt, aaO, S.65.

(2) Eyermann-Fröhler, aaO, Einleitung, S.7.

(3) OMGUS = Office of Military Government for Germany US (= Amt der Militärregierung für die US-Zone).

vorstellungen ergab sich die pragmatische Ideologie, deren Forderungen geistesgeschichtlich dieselben Wurzeln hatten wie die Prinzipien der Gewerbefreiheit der Kodifikationen von 1845 in Preußen und 1869 für den Norddeutschen Bund. Zu beachten ist nur, daß der im anglo-amerikanischen Recht geltende Grundsatz des "freedom from licensing", welcher mit dem Prinzip unserer Gewerbefreiheit in etwa zu vergleichen ist, ein allgemeiner rechtlicher und wirtschaftspolitischer Grundsatz ist (1), der weit über diese hinausgeht, da er nicht nur für Gewerbetreibende, sondern allgemein für alle Berufe gilt. Unter Gewerbe nach deutschem Vorbild versteht man dabei jede erlaubte, auf Gewinn gerichtete, planmäßige, selbständige private Tätigkeit, mit Ausnahme der Urproduktion oder der freien wissenschaftlichen, künstlerischen oder schriftstellerischen Tätigkeit, der persönlichen Dienste höherer Art.

Im amerikanischen Recht wird kein Unterschied zwischen selbständiger und abhängiger Arbeit gemacht. Entscheidend ist allein, welche Tätigkeiten einer Lizensierung bedürfen; so können etwa Eisenbahnangestellte neben Berufstätigen auf dem Gebiete des Medizinwesens nebeneinander als lizenzbedürftig genannt werden (2).

Die Direktive vom 28.3.1949 (3) ließ Beschränkungen nur insoweit zu, soweit sie zur Wahrung der öffentlichen Sicherheit, öffentlichen Gesundheit und des Gemeinwohls erforderlich waren. Unzulässig war die Bedürfnisprüfung; die Prüfung der persönlichen Zuverlässigkeit durfte nur erfolgen, soweit strafrechtliche Ausübungsverbote für bestimmte Berufe vorlagen. Für zulassungspflichtige Gewerbezweige konnte die erforderliche sachliche Befähigung durch staatliche Organe ohne Mitwirkung privater Organisationen geprüft werden. In Hessen beispielsweise wurden laut Erlaß vom 5.5.1949 vierunzwanzig derartige Berufe auf einer Liste geführt (4).

Den Gegnern der Gewerbefreiheit war die "befohlene" Gewerbefreiheit ein willkommener Anlaß, alte Ressentiments mit neuen Argumenten zu versehen. Die Ideologie von der staatserhaltenden Funktion des gewerblichen Mittelstan-

(1) Reuss, aaO, S.17.

(2) Reuss, aaO, S.17.

(3) Schreiben der Militärregierung für Deutschland an die Dienststellen der Militärregierungen vom 28.3.1949. Siehe bei Reuss, aaO, S.53.

(4) Aufstellung des Hessischen Ministeriums für Wirtschaft und Verkehr vom 5.5.1949, bei Reuss, aaO, S.59.

des hatte wieder einmal überlebt (1). Es bedurfte nun nur noch einer politischen Partei, damit sie sich in das neue Staatswesen hinüberretten konnte.

§ 2 Der Einfluß des Grundgesetzes auf die gewerberechtliche Entwicklung

1. Die Gewerbefreiheit und das Grundgesetz

Der gewerbliche Mittelstand konnte mit der werdenden neuen Staatlichkeit zufrieden sein. Es gab (mit Ausnahme der KPD vielleicht) bei der Gründung der Bundesrepublik keine Partei, die sich die "Anliegen" des Mittelstandes nicht zu eigen gemacht hätte (2). Der freiheitliche Entwurf des Grundgesetzes zeigte doch soweit die wählerbedingte Abhängigkeit, daß dort, wo ein Freiheitsbekenntnis, nämlich die Gewerbefreiheit, mit den materiellen Interessen des gewerblichen Mittelstandes hätte kollidieren können, dies prompt unterdrückt wurde: Im Gegensatz zur Weimarer Reichsverfassung von 1919 (Art. 151 Absatz 3 in Verbindung mit Art. 111 WeimRV) verzichtete man auf die Aufnahme der Gewerbefreiheit im Sinne eines Grundrechts in das Grundgesetz (3). Das Schweigen des Verfassungsgebers war ein erstes Ergebnis der neuen Mittelstandspolitik; es ermöglichte ihm, die ihm jeweils opportun erscheinende Wirtschaftspolitik zu verfolgen (4).

Aber wenn auch das Grundgesetz keine abschließende Regelung hinsichtlich einer bestimmten Wirtschaftsverfassung getroffen hat, so ist doch aus einigen Grundbestimmungen eine - wenn auch nicht sehr einheitliche - Gesamtkon-

- (1) Tuchtfeldt, aaO, S. 67 f., zu den "ideologischen Grundlagen der deutschen Gewerbepolitik nach 1948". Auch Gutersohn, A., Das Gewerbe in der freien Marktwirtschaft, Bd. I. Das Wesen des Gewerbes und die Eigenart seiner Leistungen, Zürich und St. Gallen 1954, S. 302 ff.
- (2) Treffende Beispiele dafür, daß in dieser Werbung um den Mittelstand, besonders um den gewerblichen, keine Partei hinter der anderen zurückstand, finden sich bei Tuchtfeldt, aaO, S. 76.
- (3) Tuchtfeldt, aaO, S. 66; Turegg, aaO, S. 19.
- (4) Turegg, aaO, S. 22; E. R. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1. Bd., 2. Aufl., Tübingen 1953, S. 656: "Das Grundgesetz hat allerdings, da es aus einem Kompromiß der bürgerlich-demokratischen Parteien hervorgegangen ist, versucht, der konstituierenden Grundentscheidung über die Wirtschaftsverfassung vorsichtig auszuweichen."

zeption herauszulesen, der zufolge die Gewerbefreiheit als in dem Grundrecht der freien Berufswahl, Art.12 Absatz 1, Satz 1 GG garantiert, interpretiert wird (1); in dem Oberbegriff des Berufes wird auch das Gewerbe mitumfaßt, denn wenn auch nicht jeder Beruf ein Gewerbe ist, so ist doch jedes Gewerbe ein Beruf, mit der einen Einschränkung, daß das Gewerbe einer juristischen Person kein Beruf sein kann (2).

Ferner steht fest, daß durch Art.12 Absatz 1 Satz 1 GG nicht nur der innere Entschluß ein Gewerbe zu betreiben, sondern auch dessen praktische Durchführung geschützt ist, denn sonst würde es sich um ein "nudum ius" handeln. Nur die Realisierung des inneren Entschlusses vermag der Staat zu beeinflussen, zu fördern oder zu verhindern (3).

Nicht zum Ausdruck gebracht ist jedoch, daß freie Berufswahl gleichbedeutend mit Gewerbefreiheit ist. Der positive Teil des Art.12, das Grundrecht der freien Berufswahl, greift jedoch insoweit in die Gewerbefreiheit ein, als die Grenze der Einschränkung des Rechts der Berufswahl zugleich die Grenze für die Einschränkung der Gewerbefreiheit bedeutet (4).

2. Die Neufassung des § 35 GewO

Ganz allgemein jedoch ist aus Art.12 GG die Tendenz des Gesetzgebers herauszulesen, die Berufsaufnahme von Einschränkungen möglichst frei zu halten und zunächst jedem die gleichen Startbedingungen zu geben. Der Wille zur Beschränkung auf die Beobachtung - die Verlagerung der Gewerbepolitik auf die Kontrolle der Gewerbeausübung - ist denn auch für die neueste Entwicklung im Gewerberecht, als Ansatzpunkt für die in § 35 n.F. aufge-

-
- (1) Huber, aaO, S.667: "Sowohl der Wortlaut des Art.12 Absatz 1 GG wie seine sinnhafte Beziehung auf Art.2 Absatz 1, wie der Gesamtinhalt der Artikel 1-19 wie schließlich die seit 1945 wieder herrschend gewordene Rechtstradition zwingen dazu, das Recht der freien Berufswahl dahin zu verstehen, daß mit ihm die Freiheit des Zugangs zu jedem selbständigen Beruf, und zwar zu solchen gewerblicher und nicht gewerblicher Art gewährleistet wird."
 - (2) Sieg in DV 1950, 197; Landmann-Rohmer, 10.Aufl., S.22.
 - (3) Landmann-Rohmer, 10.Aufl., S.22.
 - (4) E.Fuhr, Kommentar zur Gewerbeordnung, Neuwied, Stand v. 1.4. 1964, § 1 Anm.1.

nommene generelle Untersagungsmöglichkeit ausschlaggebend geworden (1).

Ein Anstoß für die Neuregelung kam unter anderem aus Wirtschaftskreisen, die sich zwar nicht für eine Untersagungsklausel einsetzten, sondern vielmehr neue Zugangsbeschränkungen forderten, an die Zuverlässigkeit oder Sachkunde anknüpfend; das galt insbesondere für den Beruf der Zivilmakler, wo in den vergangenen Jahren erhebliche Mißstände zutage getreten waren, und für das Stauereigewerbe (2).

Der Gedanke an eine allgemeine Gewerbeuntersagung war bereits im Entwurf zu einem neuen Gesetz betreffen die Änderung der Titel II, III, IV und X der Gewerbeordnung im Jahre 1953 aufgetaucht (3), in welchem der erste Deutsche Bundestag die Bundesregierung ersuchte, die Frage der Gewerbeuntersagung zu regeln.

Eine dem § 35 n.F. vergleichbare Vorschrift enthielt § 11 des Niedersächsischen Gewerbezulassungsgesetzes vom 29.12.1948 (4).

In der zweiten Wahlperiode brachte dann die Bundesregierung den Entwurf eines vierten Bundesgesetzes zur Änderung der Gewerbeordnung ein, der als Kernstück die Neufassung des § 35 als generelle Untersagungsnorm vorsah. In der Begründung hieß es: "Entsprechend ... enthält der jetzt vorliegende Entwurf eines "Vierten Bundesgesetzes zur Änderung der Gewerbeordnung" mit der Neufassung des § 35 eine allgemeine und bundeseinheitliche Regelung der Gewerbeuntersagung. Mit diesem Vorschlag soll dem Gedanken Rechnung getragen werden, daß entsprechend der wirtschaftspolitischen Linie der Bundesregierung der Beginn einer gewerblichen Tätigkeit von beschränkenden Vorschriften möglichst frei gehalten sein soll, daß aber der Staat dann einzugrei-

-
- (1) Rolfing-Kiskalt-Wolff, Handkommentar zur Gewerbeordnung. 3.Aufl., Berlin u.Frankfurt a.M. 1961, § 35 Anm.3: "Im Hinblick auf Art.2, 12 GG sollen in möglichst geringem Umfang Erlaubnisse und Konzessionen für die Ausübung eines Gewerbes notwendig sein. Als Pendant hierzu ist erforderlich, daß im Wege der Ausmerzung unzuverlässiger Gewerbetreibender strengere Bestimmungen als bisher notwendig waren. Es mußte also für alle Gewerbearten eine Untersagungsmöglichkeit geschaffen werden."
 - (2) Verhandlungen des Deutschen Bundestags, 3.Wahlperiode, 64.Bd., zu Drucksache 1304, S.2.
 - (3) Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 1.Wahlperiode, 22.Bd., Drucksache Nr.4170.
 - (4) Siehe Anhang, S.148.

fen befugt sein muß, wenn ein Gewerbetreibender das ihm gewährte Recht mißbraucht. Der neue, für jedes Gewerbe geltende § 35 wird eine Handhabe bieten, entsprechend den Wünschen vieler Gewerbebranche eine Ausschaltung schädlicher und unlauterer Personen vorzunehmen, ohne daß hierzu jeweils eine Sondergesetzgebung notwendig ist ... Mit der Neufassung des § 35 verbindet sich der weitere gesetzesökonomische Vorteil, daß eine Reihe von Gesetzen und Verordnungen aufgehoben werden kann." (1)

Da der Gesetzesentwurf jedoch in der zweiten Wahlperiode nicht mehr beraten werden konnte, unter anderem, weil keine Einigkeit erzielt werden konnte, ob der durch eine Gewerbeuntersagung betroffene Gewerbetreibende sein Recht vor den ordentlichen oder vor den Verwaltungsgerichten nachsuchen können solle (2), wurde er erneut von der Bundesregierung zu Beginn der dritten Wahlperiode eingebracht (3).

Nachdem sich der Wirtschaftsausschuß in elf Sitzungen mit der Gesetzesvorlage befaßt hatte, wurde das Beratungsergebnis in der Drucksache Nr.1304 vorgelegt und in der Sitzung des Bundestages vom 3.12.1959 verabschiedet (4). Nach Zustimmung des Bundesrates wurde das Gesetz unter dem Datum vom 5.2.1959 im Bundesgesetzblatt verkündet (5) und trat mit § 35 als allgemeiner Untersagungsregelung für Gewerbebetriebe, welche zugleich als Ergänzung zur Handwerksordnung und des Gesetzes über die Berufsausübung im Einzelhandel gedacht worden war, am 1.10.1960 in Kraft.

-
- (1) Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 2. Wahlperiode, Bd.45, Drucksache Nr.2681, S.17.
 - (2) Verhdlg.d.Dt.Bundestages, 1. Wahlper., 24.Bd., zu Drucks.4491, S.3.
 - (3) Verhdlg.d.Dt.Bundestages, 3. Wahlper., 57.Bd., Drucks. Nr.318.
 - (4) Verhdlg.d.Dt.Bundestages, 3. Wahlper., 64.Bd., Drucks. Nr.1304.
 - (5) BGBI.1960 I, S.61.

II. DOGMATISCHER TEIL

Einleitung

Der Versuch, eine Rechtsnorm nur von ihrer Dogmengeschichte her zu verstehen, erscheint heute als einseitig. Die dogmengeschichtliche Analyse muß von der sozialgeschichtlichen begleitet werden, beide sind in ihrer Wechselwirkung nicht voneinander zu trennen. Es wäre aber eine positivistische Verengung, wenn man dabei nicht den ideengeschichtlichen Aspekt berücksichtigte. Soweit es nötig war, mußte auch der politische Aspekt zum Verständnis herangezogen werden.

Während im ersten Teil das Rechtsinstitut der Gewerbeuntersagung im Schnittpunkt einer Vielfalt von Beziehungen betrachtet wurde, verlangt der zweite Teil eine Reduktion der Gesichtspunkte auf die eigenständige Untersuchung des momentanen Standes der Dogmatik der Gewerbeuntersagung. Im Vordergrund stehen dabei systematische Ableitungszusammenhänge, begriffliche Unterscheidungen und Verknüpfungen, Kollisions- und Verweisungsbeziehungen, Interpretations- und Anwendungsfragen.

Die Einfachheit der räumlichen Dimension der hier zu untersuchenden Norm erlaubt uns, sie sozusagen vor die Klammer zu ziehen und schon einleitend zu beantworten: Die Gewerbeuntersagung hilt gemäß § 35 Abs.1 für das gesamte Bundesgebiet. Sie umfaßt auch den Bereich Westberlin gemäß Art.XIV des vierten Änderungsgesetzes zur Gewerbeordnung vom 5.Februar 1960.

§ 35

(1) Die Ausübung eines Gewerbes ist ganz oder teilweise auf Zeit oder Dauer zu untersagen, wenn Tatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden oder einer mit der Leitung des Gewerbebetriebes beauftragten Person in bezug auf dieses Gewerbe dartun, sofern die weitere Ausübung des Gewerbes für die Allgemeinheit oder die im Betrieb Beschäftigten eine Gefährdung des Lebens, der Gesundheit, der Freiheit oder der Sittlichkeit oder eine Gefährdung des Eigentums oder des Vermögens anderer mit sich bringt und diesen Gefährdungen nur durch eine Gewerbeuntersagung begegnet werden kann. Die Untersagung gilt für den Geltungsbereich dieses Gesetzes.

(2) Dem Gewerbetreibenden kann auf seinen Antrag gestattet werden, den Gewerbebetrieb durch einen Stellvertreter (§ 45) fortzuführen, der die Ge-

währ für eine ordnungsgemäße Führung des Gewerbebetriebes bietet. Die Erlaubnis kann unter Auflagen erteilt werden.

(3) Soll in dem Untersagungsverfahren ein Sachverhalt berücksichtigt werden, der Gegenstand der Urteilsfindung in einem rechtskräftig abgeschlossenen Strafverfahren gewesen ist, so darf auf Grund dieses Sachverhalts eine Untersagung nach Absatz 1 nicht ausgesprochen werden, wenn die Ausübung des Gewerbes durch das Urteil untersagt worden ist. Hat das Gericht die Untersagung der Gewerbeausübung abgelehnt, weil es sie nicht für erforderlich hält, um die Allgemeinheit vor weiterer Gefährdung zu schützen, so darf eine Untersagung nach Absatz 1 nicht darauf gestützt werden, daß eine Gefährdung der Allgemeinheit zu besorgen sei. Im übrigen kann zum Nachteil des von dem Strafverfahren Betroffenen von dem Inhalt des Urteils insoweit nicht abgewichen werden, als es sich auf die Feststellung des Sachverhalts oder auf die Beurteilung der Schuldfrage bezieht. Eine gerichtliche Entscheidung, durch die die Eröffnung des Hauptverfahrens abgelehnt wird, steht einem Urteil gleich.

(4) Vor der Untersagung sollen, soweit besondere staatliche Aufsichtsbehörden bestehen, die Aufsichtsbehörden, ferner die zuständige Industrie- und Handelskammer oder Handwerkskammer und, soweit es sich um eine Genossenschaft handelt, auch der Prüfungsverband gehört werden, dem die Genossenschaft angehört. Die Anhörung der vorgenannten Stellen kann unterbleiben, wenn Gefahr im Verzuge ist, in diesem Falle sind diese Stellen zu unterrichten.

(5) Die Ausübung des untersagten Gewerbes durch den Gewerbetreibenden kann durch Schließung der Betriebs- und Geschäftsräume oder durch andere geeignete Maßnahmen verhindert werden.

(6) Dem Gewerbetreibenden ist die persönliche Ausübung des Gewerbes wieder zu gestatten, wenn eine Gefährdung im Sinne des Absatzes 1 nicht mehr zu besorgen ist. Vor Ablauf eines Jahres nach Durchführung der Untersagungsverfügung kann die Wiederaufnahme nur gestattet werden, wenn hierfür besondere Gründe vorliegen.

(7) Zuständig für die nach den vorstehenden Vorschriften zu treffenden Maßnahmen ist die für den Gemeindebezirk der gewerblichen Niederlassung zuständige höhere Verwaltungsbehörde; bei Fehlen einer gewerblichen Niederlassung richtet sich die Zuständigkeit der höheren Verwaltungsbehörde nach dem Wohnsitz, bei Fehlen eines Wohnsitzes nach dem Aufenthaltsort, bei Fehlen auch eines Aufenthaltsortes nach dem Tätigkeitsbereich des Gewerbetreibenden.

(8) Sofern für einzelne Gewerbe besondere Untersagungs- oder Betriebsschließungsvorschriften oder Vorschriften über die Zurücknahme oder den Widerruf der Erlaubnis bestehen, die auf die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden abstellen, sind die Absätze 1 bis 7 nicht anzuwenden. Dies gilt nicht für Vorschriften, die Gewerbeuntersagungen oder Betriebsschließungen durch strafgerichtliches Urteil vorsehen.

(9) Die Absätze 1 bis 8 sind auf Genossenschaften entsprechend anzuwenden, auch wenn sich ihr Geschäftsbetrieb auf den Kreis der Mitglieder beschränkt; sie finden ferner Anwendung auf den Handel mit Arzneimitteln, mit Losen von Lotterien und Ausspielungen sowie mit Bezugs- und Anteilsscheinen auf solche Lose und auf den Betrieb von Wettannahmestellen aller Art.

1.Kapitel: Der systematische Ort und der sachliche
 Anwendungsbereich des § 35 Gewerbeordnung

§ 1 Der systematische Ort des § 35 in der Gewerbeordnung

1. Der Anwendungsbereich der Untersagung gemäß § 35 erstreckt sich zunächst ganz allgemein auf alle Gewerbe im gewerberechtlichen Sinn, wobei als Gewerbe "jede erlaubte, auf Erzielung von Gewinn gerichtete und auf eine gewisse Dauer berechnete Tätigkeit im Bereich des Wirtschaftsrechts (Art. 74 Nr. 11 GG), ausgenommen die bloße Verwaltung eigenen Vermögens, die Urproduktion und die höheren Berufsarten" (1) bezeichnet wird.

Gleichgültig ist, ob es sich um ein von einer Erlaubnis abhängiges oder frei zu betreibendes Gewerbe handelt (2).

2. Der systematischen Stellung nach gilt § 35 für alle stehenden Gewerbe; inwieweit das Reisegewerbe und der Marktverkehr durch eine Untersagung nach § 35 berührt werden, ist bestritten.

In § 58 Abs. 1 in Verbindung mit § 57 Abs. 1 oder § 57 a GewO ist die Entziehung der Reisegewerbekarte vorgesehen, § 59 ermöglicht die Untersagung

(1) M. von Brauchitsch, Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder. Bd. VII, 1. Halbband; neu herausgegeben von C. H. Ule; unter der Gesamtleitung von W. Reuss. Bearbeiter von § 35 war F. Janssen. Köln, Berlin, Bonn, München 1963, S. 159. Künftig zitiert als "Janssen".

(2) Fuhr, aaO, Anm. 12.

eines Reisegewerbes, für das eine Reisegewerbekarte nicht erforderlich ist. Die Ausübung eines Reisegewerbes als solches ist daher gemäß §§ 58, 59 zu behandeln, eine Untersagung nach § 35 nicht zulässig.

Fraglich ist, ob eine Gewerbeuntersagung nach § 35 Auswirkungen auf ein gleichzeitig betriebenes Reisegewerbe der entsprechenden Gewerbeart hat. Wenn auch im Schrifttum weitgehend die Auffassung vertreten wird, daß in diesen Fällen eine Erstreckung des § 35 angenommen werden muß (1), schließe ich mich der Auffassung von Eyermann-Fröhler (2) an, wonach die Untersagungsvorschrift des § 35 ebensowenig Einfluß auf das Reisegewerbe hat wie umgekehrt die Entziehung der Reisegewerbekarte, § 58, oder die Untersagung des Reisegewerbes, § 59, auf das stehende Gewerbe wirkt.

In § 35 Abs. 8 S. 1 ist ausdrücklich gesagt, daß, soweit besondere Untersagungs- oder Betriebsschließungsvorschriften oder Vorschriften über die Zurücknahme oder den Widerruf der Erlaubnis bestehen, die auf die Unzuverlässigkeit abstellen, die Anwendung von § 35 Abs. 1 bis 8 ausgeschlossen ist. Zu diesen Regelungen gehören die §§ 58 und 59.

Wenn Fuhr (3) meint, durch die Untersagung nach § 35 werde der Gewerbebetrieb in seiner Gesamtheit erfaßt, d. h. dieser dürfe nach Wirksamkeit der Untersagung auch nicht in den Formen des Reisegewerbes oder des Marktverkehrs ausgeübt werden, und es müsse sich eine förmliche Entziehung der Reisegewerbekarte anschließen, damit sich der Betroffene nicht zu Unrecht darauf berufen könne, so ist ihm entgegenzuhalten, daß sich der Begriff der Gesamtheit nicht zur Argumentation eignet. Wird ein Gewerbe in der Form des stehenden Gewerbes und des Reisegewerbes betrieben, so bilden zwar beide in der Regel eine tatsächliche Gesamtheit, Einheit, vom Gesetzgeber werden sie jedoch rechtlich als Verschiedenheiten mit eigenen Regelungen behandelt, die nicht aufeinander Bezug nehmen. Es ist auch einleuchtend, daß der Untersagung keine größere Gesamtheit (stehendes Gewerbe plus Reisegewerbe) zugrunde gelegt werden kann, wie dies etwa bei der Genehmigung des stehenden Gewerbebetriebes zur Debatte stand. Überdies ist ein Schluß von der Unzuverlässigkeit im stehenden Gewerbe auf die Unzuverlässigkeit im Reisegewerbe nicht gedeckt.

-
- (1) So: Janssen, aaO, § 35 III 1; Fuhr, aaO, § 35 Anm. 17, § 58 Anm. 3 b, § 59 I. W. Kienzle, Die Gewerbeuntersagung nach § 35 der Gewerbeordnung, Berlin und Frankfurt a. M., 1965, S. 32, 33.
 - (2) Eyermann-Fröhler, aaO, § 35 RdNr. 65.
 - (3) Fuhr, aaO, § 59 Anm. I.

Deshalb kann auch die Äußerung Kienzles (1), daß im Falle der Untersagung nach § 35 bei der Entscheidung über die Entziehung oder die Untersagung nach §§ 58, 59 von dem dort eingeräumten Ermessen nur dann der richtige Gebrauch gemacht werde, wenn eine Entziehung oder Untersagung ausgesprochen werde, nicht unwidersprochen bleiben; wenn auch die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden beim Betrieb eines stehenden Gewerbes vielfach Rückschlüsse auf sein Verhalten im Reisegewerbe zuläßt, gibt es Fälle, in denen die Reisegewerbetätigkeit nicht von der Unzuverlässigkeit im stehenden Gewerbebetrieb berührt wird. Es ist beispielsweise daran zu denken, daß der Gewerbetreibende seine Sozialversicherungsbeiträge nicht abführt. Diese Tatsache würde beim stehenden Gewerbebetrieb die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden begründen, für das Reisegewerbe jedoch ohne Belang sein; oder aber, wegen der geringeren Bedeutung des Reisegewerbes im Einzelfall würde sich die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden hier nicht auswirken; oder aber, weil hier keine Lehrlinge gehalten werden.

Engel (2) will die Wirkung des § 35 in den Fällen eintreten lassen, in denen sich die Reisetätigkeit als Ausfluß des stehenden Gewerbes darstellt. Solange jedoch in der Gewerbeordnung eine strikte Trennung zwischen stehendem Gewerbe und Reisegewerbe vorgenommen wird, ist eine Wechselwirkung zwischen den Entziehungs- und Untersagungsvorschriften nach §§ 58, 59 und der Untersagungsregelung nach § 35 nicht in das Gesetz hineinzuprojizieren, so vernünftig dies auch im Einzelfall erscheinen und für die Verwaltung vereinfachend wirken mag.

Ebensowenig wie auf das Reisegewerbe findet eine Erstreckung der Untersagung auf den Marktverkehr, § 64, statt (3). Eyermann-Fröhler (4) lehnen dies zu Recht mit der Begründung ab, daß derjenige, der auch ein stehendes Gewerbe betreibt, nicht schlechter gestellt werden dürfe als derjenige, der nur ein Marktgewerbe betreibt, und dem es nicht untersagt werden kann.

(1) Kienzle, aaO, S.33.

(2) Engel, Beseitigung der Legitimationskarte für Handelsvertreter, GewArch. 1955/56, S.197 (200).

(3) Kienzle, aaO, S.32; Fuhr, aaO, § 35 Anm.12, § 69 Anm.1.

(4) Eyermann-Fröhler, aaO, § 35 RdNr.66.

§ 2 Die Anwendung des § 35 im Verhältnis zu gewerbe- rechtlichen Sondergesetzen

Über § 35 Abs. 8 sind nicht nur die in der Gewerbeordnung enthaltenen Vorschriften (1) über die Untersagung und Betriebsschließung, Zurücknahme oder den Widerruf einer Erlaubnis, soweit sie auf die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden abstellen, sondern auch die sich in gewerberechtlichen Nebengesetzen oder Sondergesetzen findenden entsprechenden Regelungen von § 35 abgegrenzt. So ist für eine Gewerbeuntersagung gemäß § 35 neben der Rücknahmemöglichkeit der Erlaubnis gemäß § 12 (in Verbindung mit § 2) Gaststättengesetz etwa, oder neben § 25 Personenbeförderungsgesetz, § 78 Güterkraftverkehrsgesetz kein Raum (2).

-
- (1) Z.B. §§ 33 d Abs. 4 Nr. 1, 53 II S. 2 in Verbindung mit §§ 30 I, 33 a I, 33 i II, 34 I, 34 a I, 34 b IV GewO.
- (2) GastG v. 28.4.30 (RGBI. 1930 I, S. 146), zuletzt geändert durch Ges. v. 12.8.60 (BGBl. I, S. 690) PersonenbefG v. 21.3.61 (BGBl. I, S. 241); GüterkraftVerkehrsG v. 17.10.52, zuletzt geändert durch das 4. ÄnderungsG v. 1.8.61 (BGBl. I, S. 1157), § 4 Abs. 2 Nr. 2 Gesetz über den Verkehr mit unedlen Metallen v. 23.7.26 (RGBI. I, S. 415), zuletzt geändert durch Gesetz v. 5.2.60 (BGBl. I, S. 61); § 87 Abs. 1 Gesetz über die Beaufsichtigung der privaten Versicherungsunternehmungen und Bausparkassen v. 6.6.31 (RGBI. I, S. 315, 750), zuletzt geändert durch Ges. v. 28.2.55 (BGBl. I, S. 85); § 8 Gesetz zur Förderung der Energiewirtschaft v. 13.12.35 (RGBI. I, S. 1451) mit Änderung durch § 47 des AußenwirtschaftsG v. 28.4.61 (BGBl. I, S. 481). § 48 VO über das Schornsteinfegerwesen v. 28.7.37 (RGBI. I, S. 831) i. d. F. der Berichtigung v. 18.10.37 (RGBI. I, S. 1134). § 5 (i. V. m. § 8 DVO v. 19.3.38) WaffenG v. 18.3.38 (RGBI. I, S. 265), zuletzt geändert durch 4. DVO v. 4.4.40 (RGBI. I, S. 603). § 20 LuftVerkehrsG v. 10.1.59 (BGBl. I, S. 9) mit Änderg. d. Ges. v. 8.2.61 (BGBl. I, S. 69). § 17 Abs. 2 Nr. 2 Ges. über die friedliche Verwendung von Atomenergie u. den Schutz gegen ihre Gefahren (AtomG) v. 23.12.59 (BGBl. I, S. 814). § 4, § 2 Abs. 1 Nr. 4 Ges. über das Apothekenwesen v. 20.8.60 (BGBl. I, S. 697); § 15 Abs. 2 i. V. m. § 13 Ges. über den Verkehr mit Arzneimitteln v. 16.2.61 (BGBl. I, S. 533). § 7 Abs. 2 i. V. m. § 6 Abs. 3 Nr. 3 KriegswaffenG v. 20.4.61 (BGBl. I, S. 444); §§ 35 Abs. 2 Nr. 3, 33 Abs. 1 Nr. 2, 1. Abs. 2 S. u. 36 Ges. über d. Kreditwesen v. 10.7.61 (BGBl. I, S. 881); § 2 VO über Speiseeiswirtschaften v. 16.7.1934 (RGBI. I, S. 709).

Zu beachten ist, daß in manchen Fällen, in denen für einzelne Gewerbe Rücknahme- oder Untersagungsvorschriften aufgenommen sind, nur bestimmte Unterfälle der Unzuverlässigkeit erfaßt werden, z.B. § 11 des Tierschutzgesetzes (1). Insoweit müssen diese Regelungen gemäß § 35 Abs.8 der gewerberechtlichen Untersagungsnorm vorgehen. Denkbar ist jedoch eine Gewerbeuntersagung nach § 35 aus sonstigen Unzuverlässigkeitsgründen (2).

Nach der ratio legis ist neben spezialgesetzlichen Regelungen, die eine bestimmte Erscheinungsform der Unzuverlässigkeit treffen wollen, § 35 anwendbar; Abs.8 ist so zu interpretieren, daß nur allgemeine Untersagungsvorschriften die Anwendung von § 35 ausschließen (3).

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, daß nach dem Willen des Gesetzgebers, soweit Sonderregelungen hierfür Raum lassen, nach den Grundsätzen des § 35, insbesondere § 35 Abs.2 verfahren werden soll (4).

§ 3 Die Anwendung des § 35 im Falle strafgerichtlicher
Untersagung, § 35 Abs.8 S.2 GewO und § 35 Abs.3

Gemäß § 35 Abs.8 S.2 sind solche Vorschriften nicht als Sonderregelungen anzusehen, die eine Gewerbeuntersagung oder Betriebsschließung durch strafgerichtliches Urteil vorsehen, z.B. § 42 I StGB, § 14 LebensmittelG, § 61 Abs.3 des Maß- und Gewichtsgesetzes. Im folgenden wird das Verhältnis von § 35 zu § 42 I StGB wegen der ausdrücklichen Regelung, die es in § 35 Abs.3 gefunden hat, darzustellen sein.

Im Hinblick auf das in § 42 I StGB verankerte Recht der Strafgerichte, ein Berufsverbot auszusprechen, wurde in § 35 Abs.3 zur Vermeidung divergierender Entscheidungen die Bindung an strafgerichtliche Feststellungen statuiert. Diese Vorschrift bedeutet gegenüber der Rechtslage vor dem Inkrafttreten des Änderungsgesetzes zur Gewerbeordnung vom 5.2.1960 eine wesentliche Neuerung. Bis zu diesem Zeitpunkt galt entsprechend dem Grundsatz der Gewalt-

-
- (1) TierschutzG v. 24.11.1933 (RGBl.I, S.987), i.d.F. v. 18.8.1961 (BGBl.I, S.1360).
 - (2) Janssen, aaO, III IV aa.
 - (3) Eyermann-Fröhler, aaO, § 35 RdNr.138.
 - (4) Verh. des Dt.Bundestages, 3.Wahlper., 57.Bd., Drucks. Nr.318, S.19.

tenteilung, daß die Gewerbeuntersagung im Verwaltungswege von einer straf-
richterlichen Untersuchung gegen den Gewerbetreibenden und deren Ausgang
wegen desselben Sachverhaltes nicht abhängig war (1).

1. Das Berufsverbot nach § 42 I StGB

Die Möglichkeit für die Strafgerichte, ein Berufsverbot auszusprechen, wurde
durch das "Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßnah-
men der Sicherung und Besserung" vom 24.11.1933 (2) eingeführt. Die amt-
liche Begründung bemerkt über den Zweck dieser Vorschrift: "Unabhängig von
den bereits bestehenden und weiter bestehen bleibenden besonderen Berufsver-
boten schafft das strafrichterliche Berufsverbot die Möglichkeit, Schädlingen,
die durch Art und Weise der Ausübung ihres Berufes die Allgemeinheit gefähr-
den, die Ausübung ihres Berufes oder Gewerbes durch Urteil des Strafrichters
zu untersagen. Der Kerngedanke dieser Maßregel ist der, daß der Einzelne
die ihm von der Rechtsordnung gewährte Freiheit oder Erlaubnis einen Beruf
oder ein Gewerbe auszuüben verwirken kann, wenn strafbare Handlungen dar-
tun, daß aus der weiteren Ausübung des Berufs oder Gewerbes der Allgemein-
heit Gefahren erwachsen würden." (3) Ältere partikuläre deutsche Rechte,
so Feuerbachs Bayerisches StGB von 1813, kannten diese Maßnahme bereits,
aber das reichsdeutsche StGB hat sie nicht aufgenommen (4).

a) Die Voraussetzungen der Berufsuntersagung gemäß § 42 I StGB

Das Gewerbe- und Berufsverbot gemäß § 42 I StGB setzt die Begehung einer
strafbaren Handlung mit allen ihren Merkmalen seitens einer zurechnungsfähi-
gen Person voraus, eine Verurteilung wegen dieser Straftat und die Erforder-
lichkeit der Maßnahme.

Es ist gleichgültig, ob sich die Tat nach dem Gesetz als Verbrechen oder Ver-
gehen darstellt, entscheidend ist jedoch, daß sie unter Mißbrauch des Berufes
oder Gewerbes oder unter grober Verletzung der dem Täter kraft seines Berufes
und Gewerbes obliegenden Pflichten begangen wurde.

Eine strafbare Handlung ist unter Mißbrauch des Berufes oder Gewerbes began-

(1) Hierzu OVG Hamburg vom 16.9.1958 (GewArch, 1959, 8).

(2) RGBI. I, 995.

(3) GS Bd. 105, S. 72 (1935).

(4) Hellmuth von Weber: Das Gewerbe- und Berufsverbot als Mittel der Kri-
minalpolitik in: Prager Festschrift für Mírčka. Prag 1933, S. 1.

gen, wenn der Täter unter bewußter Mißachtung der ihm in der Allgemeinheit gestellten Aufgaben seinen Beruf oder sein Gewerbe dazu ausnützt, einen diesen Aufgaben zuwiderlaufenden Zweck zu verfolgen (1).

Der Mißbrauch muß vorsätzlich erfolgen, dolus eventualis genügt dabei.

Eine strafbare Handlung kann ferner unter grober Verletzung der dem Täter kraft seines Berufes obliegenden Pflichten begangen worden sein, die Verletzung muß hier offensichtlich und von dem Täter ohne weiteres zu erkennen sein (2).

Wenn es in § 42 I heißt "unter" Mißbrauch oder grober Verletzung, so soll damit zum Ausdruck gebracht werden, daß die Haupttat in einem Verhältnis zum Mißbrauch bzw. zur Pflichtverletzung stehen muß, das nicht notwendig ursächlich zu sein braucht, sondern auch im Verhältnis des Nebeneinander stehen kann; es genügt, wenn die Tat nebenbei auch eine Berufsverletzung darstellt; nicht ausreichend ist, wenn sich dem Täter nur aus Anlaß seiner Berufsausübung die Möglichkeit eröffnet, bestimmte strafbare Handlungen zu begehen (3). Hinzuzufügen ist noch, daß auch der strafbare Versuch eines Verbrechens oder Vergehens genügt. Ebenso kann auch eine strafbare Anstiftungs- oder Beihilfehandlung eine Berufsuntersagung zur Folge haben.

Die Begehung eines Verbrechens oder Vergehens muß zu einer Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mindestens drei Monaten geführt haben. Dabei ist streitig, ob bei der Begehung mehrerer Verbrechen oder Vergehen in Tateinheit oder fortgesetzter Handlung die Voraussetzungen der Mindeststrafe erfüllt sind, wenn die Strafe für alle zusammen drei Monate beträgt oder ob mindestens eine berufsverletzende Tat unter den mehreren drei Monate Freiheitsverlust zur Folge haben muß.

Werden mehrere Verbrechen oder Vergehen zusammen abgeurteilt, die eine Gesamtstrafe von über drei Monaten zur Folge haben, so genügt es, wenn nur eine der abgeurteilten Straftaten unter Mißbrauch des Berufes begangen wurde, so daß auch neben der Gesamtfreiheitsstrafe eine Berufsuntersagung möglich ist (§ 76 StGB).

Liegen die Voraussetzungen des § 42 I StGB vor, so ist eine Berufsuntersagung

(1) RGSt 68, 399; OLG Hamburg v. 17.8.1955, NJW 1955, S.1568.

(2) Kommentar zum Strafgesetzbuch, begründet von A.Schönke, fortgeführt von H.Schröder, 11.Aufl., München und Berlin 1963, § 42 I Anm.4.

(3) Schönke-Schröder, aaO, § 42 I Anm.3.

gleichwohl erst auszusprechen, wenn dies erforderlich ist, um die Allgemeinheit vor weiterer Gefährdung zu schützen. Die Berufsuntersagung ist also dann nicht zulässig, wenn sonstige Maßnahmen zum Schutz der Allgemeinheit vor weiterer Gefährdung durch den Täter ausreichen (1).

Ob das Gericht ein Berufsverbot aussprechen will, ist im übrigen in das Ermessen des Richters gestellt.

b) Der Inhalt der strafrichterlichen Berufsuntersagung

Inhalt der strafrichterlichen Berufsuntersagung ist das Verbot, den Beruf, das Gewerbe oder den Gewerbebezweig für sich selbst, für einen anderen auszuüben, oder durch eine von seinen Weisungen abhängige Person ausüben zu lassen. Die beiden letztgenannten Fälle sind in das Gesetz aufgenommen worden, um eine Umgehung des Verbotes zu verhindern.

Die untersagte Tätigkeit ist im Urteil genau zu umreißen, § 260 Abs.2 StPO.

Das Verbot der Berufsuntersagung ist auf fünf Jahre beschränkt. Nachdem die Berufsuntersagung gemäß § 42 I StGB eine Maßnahme der Sicherung ist, ihre Dauer also der vermutlichen Dauer der Gefährlichkeit des Verurteilten angepaßt sein muß, ist die hohe Grenze der Dauer verständlich.

c) Die Sicherung der Einhaltung des strafrichterlichen Berufsverbotes

Die Wirksamkeit der Berufsuntersagung gemäß § 42 I wird durch die Vorschrift des § 145 c StGB untermauert; hiernach wird derjenige, welcher einen untersagten Beruf oder ein untersagtes Gewerbe ausübt, oder durch einen anderen ausüben läßt, mit Gefängnis bis zu zwei Jahren und mit Geldstrafe oder mit einer dieser Strafen bestraft.

2. Die Rechtslage seit dem Inkrafttreten des vierten Änderungsgesetzes zur Gewerbeordnung

Mit der Neufassung von § 35 Abs.3 wollte der Gesetzgeber Divergenzen bei Entscheidungen der Strafgerichte und Verwaltungsbehörden bzw. Verwaltungsgerichte vermeiden. In der Begründung des Bundestages wird hierzu ausgeführt (2): "Um unterschiedliche Beurteilungen des Tatbestandes und der Schuldfrage auszuschließen, war es notwendig, das Verwaltungs- und Strafverfahren

(1) Schönke-Schröder, aaO, § 42 I StGB Anm.6.

(2) Verh.des Dt.Bundestages, 3.Wahlper., 57.Bd., Drucks.Nr.318, S.18/19.

aufeinander abzustimmen. Die Formulierung entspricht dem § 4 Abs.3 des Straßenverkehrsgesetzes in der Fassung vom 19.Dezember 1952 (BGBl.I, S. 837). Die Bindung der Verwaltungsbehörde bezieht sich jedoch nur auf den Sachverhalt und die Schuldfrage. Absatz 4 bedeutet mithin keine Bindung der Verwaltungsbehörde an die Erwägungen des Gerichts hinsichtlich der Anwendung von § 42 I StGB. Wie bereits unter "Allgemeines" zu § 35 ausgeführt, sind die Entscheidungsgrundlagen der Strafgerichte einerseits und der Verwaltungsbehörden andererseits also unterschiedlich; auch wenn ein Strafgericht auf ein Berufsverbot verzichtet, kann sich daher die Verwaltungsbehörde wegen Gefährdung der Allgemeinheit zu einer Gewerbeuntersagung entschließen. Hinzu kommt, daß gemäß § 42 I StGB ein Berufsverbot durch Strafurteil nur ausgesprochen werden kann, wenn die Strafe mindestens drei Monate Gefängnis beträgt."

a) Zur Auslegung von § 35 Abs.3 GewO

Daß Gerichte verschiedener Rechtswege bisweilen bei der Beurteilung desselben Sachverhaltes verschiedener Auffassung sind, wird - solange es mehrere Rechtswege gibt - nicht zu vermeiden sein, da des Übels Wurzel in der Begrenztheit menschlicher Erkenntnisfähigkeit liegt (1). Allerdings kann der Gesetzgeber darin eine Lösung finden, daß er die Prärogative eines der entscheidenden Gerichte statuiert.

So ist es in § 35 Abs.3 der Gewerbeordnung geschehen. Als Grundsatz ist hier aufgestellt, daß ein Gewerbe, sobald es einmal durch rechtskräftiges Strafurteil untersagt worden ist, auf Grund desselben Sachverhaltes im Wege der verwaltungsgerichtlichen Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs.1 nicht mehr untersagt werden kann. Das gilt jedoch nur für das durch den Strafrichter untersagte Gewerbe; hat der Gewerbetreibende mehrere Gewerbe gleichzeitig betrieben, so ist die Verwaltungsbehörde nicht gehindert, für diese anderen Gewerbe eine Untersagung auszusprechen.

i) Hat sich im Anschluß an ein Strafverfahren das Strafgericht mit der Frage, ob ein Gewerbe zu untersagen ist, nicht befaßt, ist die Verwaltungsbehörde in ihrer Entscheidung frei.

ii) Eine Sperrwirkung für die Verwaltungsgerichte und -behörden tritt erst dann ein, wenn das Strafgericht die Möglichkeit einer Gewerbeuntersagung in Betracht gezogen hat, in einem rechtskräftigen Urteil ihre Notwendigkeit je-

(1) Eyermann in DVBl.63, 675; Fuhr, aaO, § 35 Anm.4.

doch verneint hat; jetzt ist die Verwaltungsbehörde grundsätzlich gebunden und darf nicht zum Nachteil (wohl aber zugunsten) des Betroffenen abweichen. Ob sich aber ein Strafgericht mit der Frage der Gewerbeuntersagung befaßt hat oder nicht, mag dem Strafurteil nicht immer leicht zu entnehmen sein (1). Ein Anhaltspunkt dafür kann sein, daß die Staatsanwaltschaft eine Untersuchung beantragt hatte. Ist dieser Antrag jedoch in keiner Weise im Urteil berücksichtigt worden, so ist dies für die Entscheidung der Verwaltungsbehörden und -gerichte unbeachtlich, es tritt keine Bindungswirkung ein.

iii) Zu beachten ist, daß eine Bindungswirkung jedoch nur dann eintritt, wenn ein Strafgericht überhaupt die Möglichkeit hatte, ein Gewerbe zu untersagen. Voraussetzung hierfür ist, daß der Gewerbetreibende gemäß § 42 I StGB zu einer Freiheitsstrafe von mindestens drei Monaten verurteilt worden ist. Das bedeutet aber, daß die Strafgerichte immer dann ein Berufsverbot aussprechen, wenn die strafbare Handlung unter besonders schwerem Mißbrauch des Berufes oder Gewerbes begangen wurde, wenn eine besonders eklatante Gefährdung der Allgemeinheit vorliegt. Damit wird aber den Verwaltungsbehörden gerade in diesen schwerwiegenden Fällen die Möglichkeit genommen, im Wege der Gewerbeuntersagung einzuschreiten, was zu einer ungerechtfertigten Begünstigung des Betroffenen führt, zum einen, weil die Untersagung nach § 42 I StGB nur für fünf Jahre ausgesprochen werden kann, während § 35 eine Untersagung auf Dauer vorsieht, zum anderen, weil gemäß § 42 I nur die persönliche Ausübung des Gewerbes untersagt, nicht also, wie nach § 35, die völlige Einstellung des Betriebes erreicht werden kann (2).

Eyermann-Fröhler (3) gehen sogar soweit, aus diesem Grunde die Verfassungsmäßigkeit dieser Vorschrift in Zweifel zu ziehen; sie nehmen einen Verstoß gegen den in Art. 3 des Grundgesetzes verankerten Gleichheitsgrundsatz an; danach muß tatbestandlich Gleiches gleich und tatbestandlich Ungleiches ungleich behandelt werden. Sieht sich nämlich ein Strafgericht im Einzelfall nicht in der Lage, ein Berufsverbot auszusprechen, da es die Freiheitsstrafe unter drei Monaten festsetzen muß, so kann die Verwaltungsbehörde dessen ungeachtet auf Grund des strafrechtlichen Verhaltens des Betroffenen zu dem Ergebnis kommen, daß diesem wegen Unzuverlässigkeit der Gewerbebetrieb auf Dauer zu untersagen ist, während im extremen Fall, in dem das Strafgericht wegen besonders groben Mißbrauchs des Gewerbes eine Untersagung nur

(1) Eyermann-Fröhler, aaO, § 35, RdNr. 98.

(2) Janssen, aaO, § 35 III c.

(3) Eyermann-Fröhler, aaO, § 35, RdNr. 97.

bis zu fünf Jahren aussprechen kann, der Verwaltungsbehörde die Hände gebunden sind.

Man sollte sich in jedem Fall, bevor es zu Verfassungsbeschwerden kommt, bemühen, diese wenig erfreulichen Unebenheiten zu beseitigen (1).

iv) Eindeutig ergibt sich eine Bindungswirkung für die Verwaltungsbehörden, wenn ein Strafgericht die Notwendigkeit einer Gewerbeuntersagung deshalb verneint hat, weil eine Gefährdung der Allgemeinheit nicht zu besorgen sei. Hier darf die Verwaltungsbehörde eine Gewerbeuntersagung nicht etwa darauf stützen, daß eine Gefährdung der Allgemeinheit doch zu besorgen sei, § 35 Abs.3 S.2.

Schwierigkeiten ergeben sich daraus, daß die Bestimmung des § 42 I StGB allein auf eine Gefährdung der Allgemeinheit abstellt, während gemäß § 35 Abs.1 eine Gewerbeuntersagung darüber hinaus auch im Falle der Gefährdung der in dieser Vorschrift aufgezählten Schutzgüter der im Betrieb Beschäftigten und "anderer" ausgesprochen werden darf, so daß eine Gewerbeuntersagung wegen Gefährdung der im Betrieb Beschäftigten auch dann ausgesprochen werden kann, wenn das Strafgericht auf Grund desselben Sachverhaltes ein Berufsverbot mangels Gefährdung der Allgemeinheit auszusprechen abgelehnt hat (2). Da aber in den meisten Fällen sowohl eine Gefährdung der Allgemeinheit als der im Betrieb Beschäftigten vorliegen wird, verliert die Vorschrift des § 35 Abs.3 an Bedeutung; "ob eine Untersagung nach § 35 trotz der richterlichen Auffassung noch zulässig ist, wird damit zu leicht zu einer Frage der formalen Begründung." (3)

v) Ein weiteres Problem ergibt sich aus der Tatsache, daß die Verwaltungsbehörden nur durch ein rechtskräftiges Urteil der Strafgerichte gebunden sind, also nach rechtskräftigem Abschluß eines Strafverfahrens, während sie vor Eröffnung und während des Strafverfahrens in ihrer Entscheidung frei sind.

Die Verwaltungsbehörden sind also nicht gehindert, auf einen Sachverhalt, der Gegenstand eines Strafverfahrens werden kann oder eines anhängigen Strafverfahrens ist, eine Gewerbeuntersagung zu stützen; andernfalls hätte der Gesetzgeber eine dem § 4 Abs.2 StVG entsprechende Vorschrift, - etwa dahingehend, daß ein Sachverhalt im Untersagungsverfahren nicht berücksichtigt

(1) Eyermann-Fröhler, aaO, § 35, RdNr.97.

(2) Verhdlg. des Dt. Bundestages, 3. Wahlper., 64. Bd., zu Drucks. Nr.1304, S.4/5.

(3) Eyermann-Fröhler, aaO, § 35, RdNr. 99.

werden dürfe, solange dieser im Rahmen eines anhängigen Strafverfahrens auf die Möglichkeit einer Berufsuntersagung hin geprüft werde (1) - aufnehmen müssen. Fuhr meint, das sei schon aus dem Grunde geschehen, damit die Verwaltungsbehörde bei Gefahr im Verzug umgehend die erforderlichen Maßnahmen ergreifen könne (2); dieses Argument ist nicht von der Hand zu weisen, nur widerspricht der Gesetzgeber damit seinen eigenen Postulaten, künftig divergierende Entscheidungen vermeiden zu wollen, denn weder behindert die Rechtskraft einer Untersagungsverfügung das Strafgericht in seiner Entscheidungsfreiheit noch macht ein nach Rechtskraft der Gewerbeuntersagung ausgesprochenes Strafurteil diese gegenstandslos. Auch eine Verpflichtung der Behörde zur Aussetzung - ähnlich wie in § 13 Abs.1 BDizO - ist in § 35 Abs.3 nicht vorgesehen.

Eyermann-Fröhler (3) schreiben hierzu: "Anzunehmen ist jedenfalls, daß eine unanfechtbare Untersagungsverfügung nach § 35 weder eine Untersagung durch Strafurteil hindert, noch durch ein Strafurteil gegenstandslos wird. Ersteres ist zweifelsfrei; aber auch für letzteres enthält der Wortlaut des Gesetzes keinerlei Anhaltspunkte. Es wäre auch ungewöhnlich, wenn eine Verwaltungsentscheidung, die vielleicht durch rechtskräftiges Gerichtsurteil bestätigt wurde, durch ein Strafurteil faktisch aufgehoben würde. Dies wäre eine so bedeutsame Ausnahme von dem Grundsatz der Gewaltenteilung einerseits und der Gleichwertigkeit der Gerichtszweige andererseits, daß dies nur angenommen werden könnte, wenn es ganz unmißverständlich im Gesetz zum Ausdruck gebracht wäre. Der Gesetzgeber wollte offenbar die Entscheidungsfreiheit der Behörden nur beschränken für den Fall, daß die Strafgerichte bereits über die Gewerbeuntersagung durch rechtskräftiges Urteil entschieden haben. Dann muß man wohl folgern, daß eine Untersagungsverfügung nach § 35 nicht dadurch unzulässig wird, daß nachher wegen desselben Sachverhaltes ein strafgerichtliches Urteil ergeht und das Strafgericht selbst eine Gewerbeuntersagung ausspricht oder für nicht notwendig erachtet. Diese Auslegung entspricht auch dem allgemeinen Grundsatz, daß es für die Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsaktes grundsätzlich auf den Sach- und Rechtsstand seines Erlasses ankommt; liegen in diesem Zeitpunkt die Voraussetzungen des § 35 Abs.3 S.1 oder 2 nicht vor, so wird die Rechtmäßigkeit nicht dadurch berührt, daß diese Voraussetzungen später und sei es

(1) Fuhr, aaO, § 35 Anm.3; E d. OVG Berlin vom 24.6.1964 (GewArch. 1964, 248).

(2) Fuhr, aaO, § 35 Anm.3.

(3) Eyermann-Fröhler, aaO.

auch in der Zeit, in der die Untersagung nach § 35 Abs.1 noch nicht unanfechtbar ist, eintreten. Damit wird aber der Wert der ganzen Vorschrift dubios, hängt ihre Effektivität doch weitgehend vom Zufall ab.“ (1)

vi) Gemäß § 35 Abs.3 darf zum Nachteil des von dem Strafverfahren Betroffenen insoweit nicht von dem Inhalt des Urteils abgewichen werden, als es sich auf die Feststellung des Sachverhalts oder auf die Beurteilung der Schuldfrage bezieht.

Wesentliche Bedeutung hat nur die Bindung an den von dem Strafgericht festgestellten Sachverhalt. Eine Behörde kann also nicht etwa eine Tat als begangen ansehen, derentwegen der Betroffene von dem Strafrichter freigesprochen wurde.

Die Bindung an die Beurteilung der Schuldfrage hingegen hat grundsätzlich keine praktische Bedeutung, da es in § 35 auf ein Verschulden des Gewerbetreibenden nicht ankommt, ausschlaggebend vielmehr die objektive Gefährdung ist. Die in § 35 Abs.3 getroffene Regelung hat nur insoweit einen Sinn, als die Behörde etwa nicht Vorsatz bei Begehung der Tat, sondern wie vom Strafrichter festgestellt, Fahrlässigkeit bei ihrer Entscheidung zugrunde legen kann. Eine unmittelbare Auswirkung auf die Frage der Unzuverlässigkeit hat dies jedoch nicht. Im übrigen braucht sich die Behörde überhaupt nicht an die Schuldbeurteilung im Strafurteil halten, denn wenn die Voraussetzungen nach § 35 Abs.1 vorliegen, muß sie untersagen (2).

vii) Von den in § 35 Abs.3 S.3 aufgezählten Fällen abgesehen, sind für die Verwaltungsbehörden die in den Urteilsgründen getroffenen Feststellungen der Strafgerichte nicht bindend. Die Verwaltungsbehörden müssen sich vielmehr auf Grund des Inhalts der Straftaten von der Richtigkeit der strafgerichtlichen Feststellungen überzeugen und begründeten Einwendungen nachgehen.

Auf der anderen Seite kann der einem Strafurteil zugrunde liegende Sachverhalt - das Strafgericht hat eine schwere Verfehlung verneint - für sich alleine eine Entscheidung der Verwaltungsbehörde nicht mehr tragen; er kann vielmehr nur unterstützend zur Feststellung der Unzuverlässigkeit herangezogen werden.

(1) Siehe hierzu: Beschluß des BVerwG vom 15.10.1964 (GewArch.1965, 101/102).

OVG Berlin vom 24.6.1964 (GewArch.1965, 248): Bindungswirkung für die Verwaltungsbehörden gemäß § 35 Abs.3 nur im Falle bereits vorliegender rechtskräftiger Entscheidung des Strafgerichts.

(2) Eyermann-Fröhler, aaO, § 35, RdNr.100.

Das bedeutet: außer den im Strafurteil festgestellten Tatsachen müssen noch weitere tatsächliche Gegebenheiten vorliegen, um die Unzuverlässigkeit im gegebenen Fall bejahen zu können (1).

Daß durch ein Nebeneinander von Entscheidungen im Verwaltungsweg und Strafverfahren über denselben Sachverhalt der Grundsatz "ne bis in idem" nicht verletzt wird, legt das BVerwG ausdrücklich in seiner Entscheidung vom 23.2.1962 dar (2):

"...Die Untersagung des Gewerbebetriebes gemäß § 35 GewO auf Grund von Verfehlungen, wegen derer bereits eine Verurteilung des Gewerbetreibenden durch die Strafgerichte erfolgt ist, führt auch nicht zu einer mit dem Grundsatz des § 103 Abs.3 GG unvereinbaren mehrfachen Bestrafung. Das ergibt sich zweifelsfrei aus der in § 42 I StGB getroffenen Regelung, welche eine Gewerbeuntersagung durch den Strafrichter nicht als eine Straf-, sondern als eine Sicherungsmaßnahme vorsieht, die als solche durch ihre Einordnung in die Gruppe der in einem besonderen Abschnitt des Strafgesetzbuches zusammengefaßten Maßregeln der Sicherung und Besserung gekennzeichnet ist. Für eine von den Verwaltungsbehörden ausgesprochene Regelung kann insoweit nichts anderes gelten."

Der Grundsatz des "ne bis in idem" hindert also nicht die Durchführung eines neuen Verfahrens mit einem anderen Ziel als dem der Bestrafung auf Grund der allgemeinen Strafgesetze, also eines Verwaltungsverfahrens wegen derselben Handlung, die Gegenstand des Strafverfahrens gewesen ist (3).

viii) Im Zusammenhang mit der Neufassung des § 35 wurde das Problem erörtert, ob in einem Rechtssystem, in dem im Rahmen des Strafrechts die Entziehung der Befugnis zum Gewerbebetrieb ausgesprochen werden kann, noch ein rechtspolitisches und volkswirtschaftliches Bedürfnis besteht, eine Verwaltungsbehörde mit der gleichen Aufgabe zu betrauen.

Wenn sich auch die Befugnisse der Strafgerichte gemäß § 42 I StGB und der Gewerbebehörden bei der Prüfung der Zuverlässigkeit in manchen Punkten überschneiden mögen, bestehen andererseits zwischen den Vorschriften nach § 35 GewO und § 42 I StGB gewichtige Unterschiede.

§ 42 I StGB ist weitergefaßt, er sieht die Untersagung des Berufs oder Gewerbes oder Gewerbezweiges vor, während § 35 nur von Gewerbeuntersagung

(1) Eyermann in DVBl, 1963, 673.

(2) VRspr. 14, 987. Ferner: Fuhr, aaO, Anm.4.

(3) Eyermann in DVBl, 1963, 673.

spricht, also Tätigkeiten, die unter den Begriff des Gewerbes im Sinne einer gleichmäßig fortgesetzten, auf Gewinn gerichteten selbständigen und erlaubten Tätigkeit (1) fallen, begreift, sofern nicht ausdrücklich eine Erstreckung auf andere Tätigkeiten vorgesehen ist.

Bezweckt § 42 I StGB den Schutz der Allgemeinheit vor künftiger Schädigung durch strafbares Verhalten, so soll § 35 auch die zukünftigen Vertragspartner des unzuverlässigen Gewerbetreibenden, selbst wenn die Unzuverlässigkeit diesem nicht im Sinne eines Verschuldens zur Last gelegt werden kann, schützen (2). Oder, wie es im Entwurf zum vierten Änderungsgesetz zur Gewerbeordnung (3) heißt: "Bei den Strafrichtern stehen kriminalpolitische, bei den Verwaltungsbehörden polizeiliche, insbesondere gewerbepolizeiliche Rücksichten im Vordergrund."

Ferner ist in § 42 I StGB die Berufsuntersagung dem Ermessen des Strafrichters überlassen; dieser kann ein Berufsverbot aussprechen, wenn es ihm sinnvoll erscheint, während § 35 zwingend vorschreibt, daß ein Gewerbebetrieb zu untersagen ist, wenn Tatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden dartun.

Die Folge des § 42 I StGB ist, daß die persönliche Ausübung des Berufs oder Gewerbes untersagt werden kann, während der Betrieb als solcher nicht geschlossen werden kann. Die Konsequenzen der gewerberechtlichen Untersagung gehen jedoch darüber hinaus, diese kann die völlige Betriebseinstellung zur Folge haben. Eine harte Klausel im Vergleich zu § 35 GewO enthält § 42 I Abs. 2 StGB, wonach der Verurteilte das Gewerbe auch nicht für einen anderen ausüben darf oder durch eine von seinen Weisungen abhängige Person für sich ausüben lassen darf.

Ein wesentlicher Unterschied zwischen beiden Maßnahmen besteht in der Dauer der Untersagung nach beiden Vorschriften; während § 42 I StGB eine Untersagungsdauer von höchstens fünf Jahren vorsieht, ist nach § 35 GewO eine dauernde Gewerbeuntersagung möglich und sogar die Regel.

Obwohl ein Vorzug von § 42 I StGB in dem engen Zusammenhang von Straf-

-
- (1) Gewerbeordnung und gewerberechtliche Nebengesetze, Textsammlung mit Anmerkungen und Hinweisen sowie mit einer Einführung in das Gewerberecht von Gerhard Boldt, 3. Aufl., Münster 1961, S. 29.
 - (2) OVG Hamburg vom 16. 9. 1958 (GewArch. 1959/60, 9).
 - (3) Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 57. Bd., 3. Wahlper., Drucks. Nr. 318, S. 18.

tat und der als Strafe im weiteren Sinn darauf folgenden Berufsuntersagung steht (1), überlassen die Strafgerichte den Ausspruch der Untersagung meist den Verwaltungsbehörden.

ix) Im Zusammenhang mit den zu § 35 Abs.3 erörterten Fragen ist darauf hinzuweisen, daß die Vorschrift in den Fällen der Versagung oder Entziehung der Reisegewerbekarte, §§ 57, 58 GewO, nicht anwendbar ist (2).

§ 4 Die Anwendung des § 35 im Verhältnis zu gewerbe- rechtlichen Nebengesetzen

Während für den größten Teil der zulassungsbedürftigen Gewerbe die entsprechenden Zulassungsgesetze bestimmen, unter welchen Voraussetzungen die Genehmigung zurückgenommen oder widerrufen werden kann, enthalten die Handwerksordnung vom 17.9.1953 (3) und das Einzelhandelsgesetz vom 5.8.1957 (4) keine derartigen Regelungen. In beiden Gesetzen wurde im Zeitpunkt des Erlasses auf die Aufnahme derartiger Bestimmungen mit Rücksicht auf die bereits damals vorgesehene Umgestaltung des § 35 verzichtet.

Durch die Ausdehnung auf diese beiden Gesetze kommt § 35 eine erhöhte Bedeutung zu.

§ 35 findet jedoch auf diejenigen Handwerker keine Anwendung, für deren Gewerbe sondergesetzliche Regelungen außerhalb der Handwerksordnung Untersagungsvorschriften enthalten, z.B. § 5 des Waffengesetzes vom 18.3.1938 für die Büchsenmacher, § 48 der Verordnung über das Schornsteinfegerwesen vom 28.7.1937 für die Kaminkehrer.

Allerdings kann § 35 auch im Gesetz über die Berufsausübung im Einzelhandel

-
- (1) Weber, aaO, S.356: "Der Täter wird in dem Interesse getroffen, bei dessen Wahrnehmung er die Verfehlung begangen hat. Eine solche Strafe ist für den Täter besonders empfindlich, sie hat auf die beteiligten Berufs- und Gewerbekreise eine hohe abschreckende Wirkung und sie wird wegen des sichtbaren Zusammenhangs als gerecht empfunden."
 - (2) Urteil des Bad.-Württ. VGH v. 11.10.1963 (GewArch. 1963, 198).
 - (3) Gesetz zur Ordnung des Handwerks vom 17.9.1953 (BGBl.I, S.1411) in der Änderung vom 26.12.1957 (BGBl.I, S.1883).
 - (4) Gesetz zur Berufsausübung im Einzelhandel vom 5.8.1957 (BGBl. I, S.1121).

eine Vorschrift über Erlaubnistrücknahme nicht ersetzen; gemäß § 3 Abs.2 EHG wird nämlich die Erlaubnis auch dann erteilt, wenn der Gewerbetreibende selbst den Sachkundenachweis nicht zu erbringen vermag, er jedoch einen qualifizierten Betriebsleiter einstellt. Welche Folge eintritt, wenn dieser wieder ausscheidet, ist im Gesetz nicht gesagt. Man wird jedoch aus der Tatsache, daß der Gewerbetreibende seinen Gewerbebetrieb ohne einen neuen qualifizierten Betriebsleiter einzustellen fortsetzt, nicht die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden folgern können. Hat aber das Ausscheiden des qualifizierten Betriebsleiters, durch den die Erlaubnis überhaupt erst möglich wurde, keinen Einfluß auf den Fortbestand, dann ist der Wert der Erlaubnis im Einzelhandelsgesetz überhaupt fragwürdig (1).

§ 5 Die Erstreckung von § 35 auf Genossenschaften und
über § 6 S.2 der Gewerbeordnung nicht unterworfenen
Tätigkeiten

Kraft gesetzlicher Anordnung erstreckt sich die Untersagung gemäß § 35 Abs.9 ferner auf Genossenschaften und den Handel mit Arzneimitteln, mit Losen von Lotterien und Ausspielungen, sowie mit Bezugs- und Anteilscheinen auf solche Lose und auf den Betrieb von Wettannahmestellen aller Art. Zwar sollen aus rechtspolitischen Gründen auch Genossenschaften bei Fehlen der Gewinnerzielungsabsicht unter die Regelung von § 35 Abs.1 bis Abs.8 fallen, nicht aber Genossenschaften, soweit sie Urproduktion betreiben (2). Diese auf die Genossenschaften bezogene Vorschrift entspricht der gegenüber den Genossenschaften verfolgten Politik, daß nämlich Genossenschaften, die sich auf gewerblichem Gebiet betätigen wollen, bei der gewerberechtlichen Zulassung wie andere Gewerbebetriebe behandelt werden sollen.

Die anderen in § 35 Abs.8 genannten Tätigkeiten mußten mit Rücksicht auf die Bestimmung in § 6 Abs.2 aufgenommen werden, wonach diese Arten von Handel der Gewerbeordnung nur insoweit unterfallen, als diese Bestimmungen darüber enthält (3).

(1) Eyermann-Fröhler, aaO, § 35, RdNr.4.

(2) Siehe hierzu: Verh. des Deutschen Bundestages, 3. Wahlperiode, 64. Bd., zu Drucks. 1304, S.5.

(3) Fuhr, aaO, § 35, Anm.12.

§ 6 Das Verhältnis von § 35 zu allgemeinen polizeilichen Vorschriften

Polizeiliche Maßnahmen und gewerberechtliche Vorschriften berühren sich in dem Bereich der Überwachung der gewerblichen Tätigkeit. In diesem Zusammenhang ist darauf einzugehen, inwieweit die gewerberechtliche Untersagungsnorm mit polizeilichen Vorschriften kollidieren kann, ob und inwieweit die Polizei gegen Gewerbetreibende einschreiten kann und ob etwa durch polizeiliche Anordnung ein Gewerbebetrieb untersagt werden kann. Der Fall kann dann zum Tragen kommen, wenn der Gewerbetreibende durch seine Unzuverlässigkeit die Allgemeinheit, welche auch in § 35 Abs.1 als Angriffsobjekt aufgeführt ist, gefährdet. Zum Schutze der im Betrieb Beschäftigten kann die Polizei nur einschreiten, wenn das Verhältnis zwischen dem Gewerbetreibenden und den Betroffenen einen Außenumschlag zeitigt, wenn es Auswirkungen auf die öffentliche Sicherheit und Ordnung hat.

Der Polizei ist verwehrt, zur Abwendung von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ein echtes Gewerbe- oder Berufsverbot auszusprechen, also die gewerberechtliche Tätigkeit als solche zu untersagen, eine Betriebschließung zu verfügen oder andere Maßnahmen zu treffen, die im Effekt auf eine Betriebsschließung hinauslaufen (1). Nur soweit polizeiliches Handeln seine Grundlage in der Gewerbeordnung hat, z.B. §§ 15 II, 51 GewO, ist die Polizei zur Untersagung befugt; § 51 Abs.1 sieht die Untersagung der ferneren Benutzung einer Anlage vor, § 15 Abs.2 meint die tatsächliche Verhinderung und Unterbindung der Fortsetzung des Betriebs, also keine Untersagung der Ausübung.

1. Sonstige polizeiliche Maßnahmen, die ausschließlich aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zur Gefahrenabwehr die Ausübung des Gewerbebetriebs beschränken, begegnen keinen Bedenken. Dem steht nicht das Prinzip der Gewerbefreiheit nach § 1 GewO entgegen, denn die Bestimmung in § 1 Abs.1 bedeutet nur, daß jedermann zum Beginn oder Betrieb eines Gewerbes zugelassen ist, soweit nicht die Gewerbeordnung selbst oder anderes Bundesrecht Ausnahmen bezüglich der Zulassung zum Gewerbebetrieb vorsehen. Die Vorschriften über die Art und Weise der Ausübung eines Gewerbes werden hierdurch nicht berührt. Das ergibt sich auch aus den Mo-

(1) Eyermann-Fröhler, aaO, § 1, RdNr.40; Pr.OVG vom 1.10.1936 (Gew-Arch. 1935, 425); Huber, aaO, Bd.I, S.726/27.

tiven zum Entwurf der Gewerbeordnung aus dem Jahre 1868 (1):

"...Indem diese Bestimmung nur von der polizeilichen Zulässigkeit des Betriebs im Allgemeinen spricht, hat sie die Absicht, von vorneherein die irri-ge Ansicht auszuschließen, als ob ein Gewerbebetrieb, nachdem sein Beginn für zulässig erkannt worden ist, nun von denjenigen örtlichen und allge-
meinen Beschränkungen der Ausübung befreit sei, welche sich als Folge der Handhabung der allgemeinen bau-, feuer-, straßen- und gesundheitspolizeilichen Vorschriften darstellen, die für alle gelten, sie mögen Gewerbe treiben oder nicht. Dadurch wird ein besonderer Vorbehalt derartiger polizeilicher Bestim-mungen, wie er in anderen Gesetzen über den Gewerbebetrieb vorkommt, überflüssig gemacht. Die Vorkehrungen, welche nötig sind, um z.B. die Verunreinigung fließender Gewässer durch Abflüsse gewerblicher Anlagen in gemeinschädlichem Grade, die Feuersgefahr und Rauchbelästigung durch ge-werbliche Anlagen, die Hemmung und Belästigung des Straßenverkehrs usw. zu verhindern oder doch auf ein unschädliches Maß zu beschränken, fallen gar nicht in das Gebiet des Gewerbegesetzes; denn sie entspringen aus Rück-sichten, denen unter ähnlichen Verhältnissen jeder unterworfen ist, auch wenn er nicht Gewerbetreibender ist."

Ferner die Fassung im Entwurf von 1869 (2):

"Die Fassung des § 1 im vorjährigen Entwurf war dadurch bedingt, daß einer-seits dem Mißverständnis vorgebeugt werden mußte, als ob ein Gewerbebe-trieb, nachdem sein Beginn für zulässig erkannt ist, nun von denjenigen ört-lichen und allgemeinen Beschränkungen befreit sein solle, welche sich als Folge der Handhabung der allgemeinen polizeilichen Vorschriften darstellen, die für alle gelten, sie mögen Gewerbe betreiben oder nicht, und daß ande-rerseits die privatrechtlichen Beschränkungen des Gewerbebetriebes, die in den ausschließlichen Gewerbeberechtigungen, Zwangs- und Bannrechten lie-gen, vorbehalten werden mußte. Da die letztere Rücksicht in dem vorliegen-
den Entwurfe nicht mehr obwaltet, so hat eine im wesentlichen mit dem be-züglichen Antrage der Kommission des Reichstages übereinstimmende Fassung des § 1 gewählt werden können, welche den Vorzug hat, daß die Bestimmun-

-
- (1) Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages des Norddeutschen Bundes. 1. Legislaturperiode. Session 1868, 2. Bd., Akten-stück Nr. 43, Sitzung vom 7. 4. 1868, S. 126/127.
 - (2) Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages des Norddeutschen Bundes. 1. Legislaturperiode. Session 1869, 3. Bd., Anla-gen zu den Verhdlgen. des RT vor Nr. 1-283, Bln. 1869. Aktenstück Nr. 13, S. 110.

gen des Gesetzes nicht, wie der § 1 des vorjährigen Entwurfs an den Betrieb des Gewerbes, sondern an die Person des Gewerbetreibenden anknüpft und dadurch dem Mißverständnis vorbeugt, als seien bei der Ausübung der Gewerbe durch die nach den Bestimmungen des Gesetzes dazu verstatteten Personen die allgemeinen feuer-, sicherheits-, sitten-, press- usw. polizeilichen Bestimmungen nur insoweit zu beachten, als dieselben im Gesetz ausdrücklich vorbehalten sind."

2. Unter den allgemeinen polizeilichen Bestimmungen, welchen trotz § 1 GewO auch Gewerbetreibende unterworfen bleiben, sind jene polizeilichen Bestimmungen zu verstehen, welche aus allgemeinen polizeilichen Rücksichten, im Interesse des Gemeinwohls ergehen, also im Interesse der Sicherheit des Staates, der öffentlichen Ordnung, des öffentlichen Verkehrs, aus gesundheits-, feuer-, bau- und sittenpolizeilichen Rücksichten (1).

Wegen im Einzelfall festgestellter Verstöße gegen gesetzliche oder polizeiliche Vorschriften darf die Polizei also im Interesse der öffentlichen Sicherheit und Ordnung einschreiten und dabei auch - soweit nötig - die Art und Weise der Gewerbeausübung beschränken, ohne daß die §§ 1 Abs.1 und 143 Abs.1 GewO entgegenstünden, wenn es darum geht, eine Gefahr, d.h. die erkennbare Möglichkeit des Eintritts eines Schadens, abzuwenden; denn der Ordnungsraum der Polizei beginnt dort, wo die Befugnis des einzelnen, ein freies oder genehmigtes Gewerbe zu betreiben, endet, weil er hierdurch die im Interesse eines geordneten Zusammenlebens bestehenden Verhaltensregeln verletzt.

Indes dürfen polizeiliche Maßnahmen nicht soweit gehen, daß sie mit dem Prinzip der Gewerbefreiheit in Widerspruch treten oder die Ausübung des Gewerbes tatsächlich unmöglich machen. Keine der polizeilichen Maßnahmen darf in die Handels- und Gewerbefreiheit zum Schutze wirtschaftlichen Gedeihens oder aus Wettbewerbsgesichtspunkten eingreifen, denn insoweit wären sie Lenkungsmaßnahmen, die allein der Wirtschaftspolitik vorbehalten sind (2).

Aufgabe der Polizei ist nur die Gefahrenabwehr, d.h. die mit der freien Erwerbstätigkeit verbundenen Gefahren für Dritte zu beseitigen, nicht aber regelnd in die gewerbliche Betätigung einzugreifen, während wirtschaftliche Restriktionen eine Angelegenheit der Gesetzgebung sind, die dabei wieder an

(1) Bay. VGH vom 1.4.1924 in Reger 44, 291.

(2) Tuchtfeldt, aaO, S.17.

das von der Verfassung garantierte Recht auf Gewerbefreiheit gebunden ist (1). "In der modernen Einteilung in Wirtschaftsverwaltungsrecht, das vor allem die Zulassung unter wirtschaftspolitischen Gesichtspunkten regelt und in Berufspolizeirecht", das die Gewerbeausübung unter Kontrolle halten soll, kommt diese Abgrenzung, die in der früheren gewerberechtlichen Literatur nicht immer klar war, zum Ausdruck (2).

Auszugehen ist stets von den unterschiedlichen Zielsetzungen der Polizeigesetze und der Gewerbeordnung. Polizeiliche Maßnahmen dienen in erster Linie der Gefahrenabwehr und nur nebenbei der Förderung geordneter gewerblicher Verhältnisse, während die Regeln des Gewerberechts in erster Linie das reibungslose Funktionieren der Einzelgewerbeausübung im Gesamtgefüge des gewerblichen Lebens zum Zwecke einer gesunden Wirtschaft im Auge haben und nur als unbeabsichtigte Nebenwirkung eine Unterstützung polizeilicher Aufgaben äußern können.

3. War man sich auch grundsätzlich darüber einig, daß die Ausübung des Gewerbebetriebs unter den oben gezeigten Einschränkungen durch polizeiliche Maßnahmen eingeschränkt werden kann, so wurde die Frage, ob auch solche polizeilichen Anordnungen zulässig seien, die ausschließlich die Pflichten der Gewerbetreibenden regeln und sich in ihrer Fassung ausschließlich an Gewerbetreibende richten, unterschiedlich beurteilt. Besonders das Preußische Oberverwaltungsgericht hat in verschiedenen Urteilen die Auffassung vertreten, daß unter allgemeinen polizeilichen Vorschriften im Sinne der zu § 1 GewO gegebenen Begründung nur solche zu verstehen seien, "welche für jedermann gelten, er mag ein Gewerbe betreiben oder nicht" und daß eine polizeiliche Vorschrift, die sich nur gegen Gewerbetreibende richte, schlechthin ungültig sei (3).

Es verteidigt seine Ansicht teils mit der aus allgemeinpolicelichen Motiven abgeleiteten Begründung, es handele sich um eine Bekämpfung von Mißständen allgemeiner Art, die von dem Beruf oder Gewerbe des einzelnen völlig unabhängig seien, teils mit der gewerberechtlichen Begründung, allgemeine polizeiliche Vorschriften gälten für jedermann, darin liege aber gleichzeitig, daß Verbote und Beschränkungen, die sich gegen den gewerblichen Betrieb

(1) Tuchtfeldt, aaO, S.18.

(2) Tuchtfeldt, aaO, S.18.

(3) Pr. OVG vom 21.10.1889 in Reger 10, 373; Pr. OVG vom 12.11.1891 in Reger 12, 254.

als solchen, gegen gewerbliche Anlagen ausschließlich richteten, nur im Rahmen der Gewerbeordnung erlassen werden dürften.

Beide Argumente können nicht überzeugen. Nach § 144 GewO bleiben Vorschriften, welche die Berufspflichten von Gewerbetreibenden regeln, unberührt. Da aber unter Berufspflichten alle Pflichten zu verstehen sind, die sich aus der Natur eines jeden Gewerbebetriebs durch die Rücksichtnahme auf das Allgemeinwohl ergeben - unter allgemeinpolizeilichen Vorschriften alle Anordnungen, die sich aus feuer-, bau-, sittlichkeits-, verkehrs-, press- usw., kurz sicherheitspolizeilichen Rücksichten gegen den Störer richten, so ergibt sich, falls gewisse Störungen nur von Gewerbetreibenden ausgehen, entsprechende Anordnungen sich also nur gegen diese als Störer zu richten haben, daß in diesem Falle die allgemeinpolizeiliche Anordnung die Regelung einer Berufspflicht bedeutet.

Heute steht man allgemein auf dem Standpunkt, daß auch polizeiliche Vorschriften, die sich ausschließlich gegen Gewerbetreibende richten, zulässig sind (1).

4. Den Gegensatz zu den zulässigen polizeilichen Vorschriften bilden Vorschriften, welche die Zulassung zum Gewerbebetrieb von einer polizeilichen Genehmigung abhängig machen oder die Schließung eines Gewerbebetriebes den Polizeibehörden anheimgeben.

Entgegen der heute einhelligen Auffassung (2), daß eine dauernde polizeiliche

-
- (1) Eyermann-Fröhler, aaO, § 1, RdNr. 84: "Denn die polizeilichen Vorschriften haben sich dem Bedürfnis anzupassen, und das Bedürfnis nach einer zum Schutz der öffentlichen Interessen zu erlassenden Anordnung tritt nicht selten gerade gegenüber Gewerbetreibenden hervor."

Ferner sprechen sich für die Zulässigkeit ausschließlich im Interesse der Gewerbetreibenden erlassenen Anordnungen aus: E des Bay. OLG vom 29.9.1927

und E des hamburgischen OVG vom 2.4.1930 in GewArch. 29, 22.

- (2) Allgemeines Polizeirecht von G. Wacke, 7. Aufl. des von B. Drews begründeten Leitfadens, Berlin, Köln, München, Bonn 1961, S. 148.

Huber, aaO, S. 726.

Eyermann-Fröhler, aaO, § 1, RdNr. 39.

Maunz, in: Das Gewerberecht (Die Verwaltung, Bd. 2, Heft 27, S. 17):

"Das zulässige Ordnen der Ausübung darf aber nicht auf Umwegen doch zu einer Untersagung oder Schließung des nach Gewerberecht nicht untersagbaren oder schließbaren Gewerbebetriebs führen." - DVBl. 60, 780.

Gewerbeuntersagung unzulässig ist, war in der zweiten Hälfte der dreißiger Jahre in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte strittig, in welchem Verhältnis die Vorschriften der Gewerbeordnung über die Untersagung von Gewerbebetrieben zu den landesrechtlichen Vorschriften über das polizeiliche Einschreiten gegen Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung stehen.

Während sich das Thüringische OVG (1), der Badische VGH (2) und das Sächsische OVG (3) dafür aussprachen, daß die für die Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zuständigen Behörden auf Grund Polizeirechts auch gegen Gewerbetreibende trotz der Vorschriften der §§ 1, 143 Abs.1 GewO einschreiten könnten, also auch mit einem Verbot des Gewerbebetriebs, hat sich das Pr. OVG in zahlreichen Entscheidungen dagegen ausgesprochen, und nur ein vorübergehendes Einschreiten für zulässig erachtet, wenn die Langwierigkeit des gewerberechtlichen Untersagungsverfahrens ein sofortiges Einschreiten notwendig machte (4).

An dieser Rechtsprechung hat das Pr. OVG auch zu einer Zeit festgehalten, in der andere Verwaltungsgerichte sich aus politischem Opportunismus Leitsätze

-
- (1) E des Thür.OVG vom 3.4.36 in GewArch. 34, 145.
 - (2) E des Bad.OVG vom 29.6.37 in GewArch. 35, 135.
 - (3) E des Sächs.OVG vom 23.10.36 in GewArch. 34, 433
 - (4) E des Pr.OVG vom 22.2.1934 in Bd.92, 99; E des Pr.OVG vom 2.4.1925 in GewArch. 23, 336; vom 2.4.36 in GewArch. 34, 302; E des Pr.OVG vom 1.10.36 (GewArch. 35, 5): "Eine grundsätzliche und allgemeine Befugnis der Polizeibehörden zur Untersagung eines Gewerbebetriebs auf Grund des § 14 PVG kann bei der bestehenden Gesetzeslage nach wie vor nicht anerkannt werden. Die Polizei kann infolge der in §§ 1, 143 GewO gewährleisteten freien Gewerbeausübung immer nur gegen die jeweils festgestellten einzelnen Verstöße wider gesetzliche und polizeiliche Normen einschreiten. Weitergehende Maßnahmen sind nur im Falle einer dringenden Gefahr zulässig und dürfen nur von vorübergehender Dauer sein."

Pr.OVG v. 4.10.34 in GewArch. 32, 542: "Die polizeilichen Befugnisse reichen nicht so weit, daß die Polizeibehörde den Betrieb eines freien Gewerbes ohne weiteres durch Verfügung untersagen darf (§ 1 GewO). Eine U. der ... ist nur über §§ 35, 40 GewO zulässig; die Polizei ist diesen zwingenden Regeln gegenüber nicht befugt, selbst eine Gewerbeuntersagung auszusprechen und zwar auch dann nicht, wenn sie glaubt, daß durch den Fortbetrieb des Gewerbes bis zur verwaltungsrichterlichen Entscheidung eine polizeiliche Gefahr entsteht. -"

nationalsozialistischer Ansichten zu eigen gemacht hatten und den Gewerbebetrieb als eine Art Pflichtausübung gegenüber der Volksgesamtheit betrachteten. Charakteristisch ist hierfür ein Beschluß des sächsischen OVG vom 23.10.1936 (1):

"Die Gewerbefreiheit im Sinne der liberalistischen Wirtschafts- und Rechtsauffassung ist vom Standpunkt der nationalsozialistischen Rechtsanschauung nicht mehr anzuerkennen. Die Freiheit ein Gewerbe zu betreiben, entspricht der Pflicht des Gewerbetreibenden zur gemeinschaftsmäßigen Führung seines Betriebs. Wird diese Pflicht verletzt, so können diejenigen Behörden, die berufen sind, die Belange der Gemeinschaft gegenüber dem einzelnen durchzusetzen, mit den Mitteln des behördlichen Zwanges eingreifen und, wenn geringere Mittel nicht ausreichen, auch den Betrieb unmittelbar untersagen."

Soweit es zur Abwehr konkreter polizeilicher Gefahren notwendig war, hielt auch das Reichsgericht landesrechtliche Vorschriften, welche die Untersagung eines Gewerbebetriebs auf Zeit gestatteten, für vereinbar mit dem Grundsatz der Gewerbefreiheit (2). Denn niemand dürfe sein Gewerbe so betreiben, daß hieraus Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung entstehen.

5. Eine Besonderheit gilt, soweit es sich um unerlaubte Gewerbe handelt. Da in der Rechtsprechung und Lehre allgemein anerkannt ist, daß der Grundsatz der Gewerbefreiheit nur für erlaubte Tätigkeiten gilt, steht er jetzt dem polizeilichen Betriebsverbot nicht entgegen.

Soweit strafbare Handlungen vorliegen, kann die Polizei trotz der §§ 1 und 143 GewO die Fortführung eines Betriebs untersagen: "Die Gewerbefreiheit stellt nicht gegenüber dem Strafgesetzbuch frei." (3)

6. Zusammenfassung

a) Die Polizei kann nur insoweit gegen Gewerbetreibende einschreiten, als der Eingriff zur Abwehr sicherheits-, gesundheits-, sitten-, feuer- etc. polizeilicher Gefahren erforderlich ist.

Dabei muß sie sich stets von polizeilichen Beweggründen leiten lassen, es muß sich um eine konkrete Gefahr handeln, welche den Eintritt eines nahen Scha-

(1) Sächs.OVG vom 23.10.36 in Dt.VerwBl. 37, 16.

(2) Urteil des RG vom 28.4.36 in GewArch. 34, 299 und 434.

(3) Drews-Wacke, aaO, S.146 b; Sächs.OVG 34, 269;
Huber, aaO, S.616, 620, 700.

dens befürchten läßt, und es muß tunlichst nach einem Ausgleich zwischen dem öffentlichen polizeilichen Interesse und den gewerblichen Interessen der Unternehmer gesucht werden.

b) Bei allen erlaubten Gewerbearten ist die Polizei, soweit ihr Einschreiten keine Grundlage in der Gewerbeordnung hat, nicht berechtigt, den Beginn oder die Fortsetzung des Betriebs zu verhindern, §§ 1, 143 GewO.

c) Nur soweit eine dringende Gefahr mit den übrigen der Polizei zur Verfügung stehenden Maßnahmen nicht abgewendet werden kann, ist die Polizei zu einer vorübergehenden Betriebsschließung berechtigt. Niemals aber darf ihr Vorgehen auf eine ausdrückliche oder tatsächliche Entziehung der Berufsbefugnis hinauslaufen, welche sonderrechtlich geregelten Einzelverfahren vorbehalten ist, und niemals darf sie der materiellen Entscheidung über die Entziehung einer Berufserlaubnis oder Untersagung vorgreifen.

d) Gegen auf allgemeinen polizeilichen Rücksichten beruhende landesrechtliche Vorschriften, welche eine Betriebsuntersagung vorsehen, oder darauf basierende Maßnahmen würden verfassungsrechtliche Bedenken bestehen, ausgenommen diejenigen Fälle, die in der GewO ausdrücklich zugelassen sind, wie z.B. in § 34 Abs.5 GewO. Gemäß Art.74 Nr.11 GG fällt das Gewerbe-recht in die konkurrierende Gesetzgebung des Bundes; da der Bund aber durch den Erlaß der GewO von seinem Gesetzgebungsrecht Gebrauch gemacht hat, darf durch landesrechtliche Vorschriften in das Recht der gewerblichen Wirtschaft nicht eingegriffen werden, andernfalls wären sie gemäß Art.31 GG nichtig.

§ 7 Die Vereinbarkeit von § 35 GewO mit Art.12 GG

Die in Art.12 I GG geschützte Freiheit des Berufes ist die generelle Freiheit des Individuums auf dem speziellen Lebensgebiet beruflicher Betätigung, wobei unter berufliche Betätigung des einzelnen die Aufnahme, die Fortsetzung und die Beendigung des Berufes fällt (1).

Da die in Art. 12 I GG garantierte Freiheit jedoch in besonders starkem Maße mit den Forderungen der Allgemeinheit auf Schutz vor mißbräuchlicher Aus-nützung dieser Freiheit durch einzelne in Widerstreit gerät, mußte der Gesetz-geber von Anfang an darauf bedacht sein, sich gewisse Einschränkungsmöglich-

(1) Über, aaO, S.103, 104.

keiten vorzubehalten; dies ist geschehen durch die in Art. 12 I S. 2 vorgesehene Beschränkungsmöglichkeit der Berufsausübung und die Tatsache, daß Art. 12 GG unter dem Vorbehalt von Art. 2 I GG steht.

Hinzuzufügen ist, daß sich die Regelungsbefugnis des Art. 12 I S. 2 GG sowohl auf die Berufswahl als auch auf die Berufsausübung bezieht, aber nicht in gleicher Intensität. Sie ist um der Berufsausübung willen gegeben und darf nur unter diesem Blickpunkt allenfalls auch in die Freiheit der Berufswahl eingreifen. Hierbei ist von der vom Bundesverfassungsgericht entwickelten sog. "Stufentheorie" auszugehen (1).

Das bedeutet:

Soweit eine gesetzliche Regelung nur auf Ausübungsbeschränkung des Berufes zielt, ohne den Zugang zu dem Beruf zu beeinträchtigen, ist sie ohne weiteres zulässig. Geht die gesetzliche Regelung aber weiter und nähert sie sich einer Beeinträchtigung der Berufswahl - der Substanzverwirklichung eines Berufes - sei es, daß Zulassungsschranken die Aufnahme des Berufes erschweren, sei es, daß die Fortsetzung eines Berufes von gewissen Bedingungen abhängig gemacht wird, dann beginnen die verfassungsrechtlichen Bedenken.

Das BVerfG hat hier zwischen objektiven und subjektiven Zulassungsschranken unterschieden. Bei den objektiven Zulassungsbedingungen - etwa dem Bedürfnis -, hat der Bewerber keinerlei Einfluß auf Überwindung der ihm gesetzten Hindernisse; sie sind grundsätzlich unzulässig, soweit sie nicht der Schutz eines überragend wichtigen Gemeinschaftsgutes erfordert. Weniger Bedenken begegnen die sog. subjektiven Zulassungsschranken, wie die Sachkunde oder Zuverlässigkeit, wo es beim Bewerber liegt, ob er die an ihn gestellten Anforderungen erfüllt oder nicht. Trotzdem sind auch sie nur zulässig, wenn es gilt, ein besonderes Gemeinschaftsgut zu wahren, und wenn sie in einem vernünftigen Verhältnis zu dem zu schützenden Rechtsgut stehen.

Art. 12 GG gibt unter besonderer Berücksichtigung der Gemeinschaftsbezogenheit die Möglichkeit sowohl vorheriger Zuverlässigkeitsprüfung als auch der nachträglichen Untersagung wegen Unzuverlässigkeit.

§ 35 enthält eine Regelung, die in die Berufswahl eingreift, da die Untersagungsmöglichkeit des § 35 einen die Zulassung selbst betreffenden Verwaltungsakt darstellt. Zwar wird eine Konzession in diesen Fällen nicht erteilt, weil sie zur Aufnahme des Gewerbebeginns nicht erforderlich ist, aber sie

(1) BVerfGE 7, 377.

wird sozusagen entzogen; oder vielmehr "die Freiheit, die ohne Konzession die gleichen Befugnisse in sich birgt, wie sie bei konzessionspflichtigen Betrieben die Konzession verleiht, wird beseitigt." (1)

Nach der Ausgestaltung der Voraussetzungen für die Untersagung und derjenigen für die Wiedergestattung der Wiederaufnahme des untersagten Gewerbes bestehen jedoch keine verfassungsrechtlichen Bedenken (2).

Was das OVG Hamburg in seinem Urteil vom 16.9.1958 zu § 35 a.F. entschieden hat, gilt in höherem Maße für § 35 n.F. (3):

"§ 35 verletzt nicht das Grundrecht der freien Berufswahl nach Art.12 GG. Zwar stellt § 35 eine Regelung dar, die in die Freiheit der Berufswahl eingreift. Sie ist jedoch zulässig, weil sie ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut zu schützen bestimmt ist. Sie knüpft die weitere Ausübung des Gewerbes an gewisse subjektive Voraussetzungen mit dem Ziel, die Allgemeinheit vor Schäden zu bewahren. Sie erweist sich auch als adäquates Mittel zur Verhütung von Nachteilen und Gefahren für die Gemeinschaft. Gegen die Fortgeltung der Untersagungsgründe des § 35 bestehen daher keine verfassungsmäßigen Bedenken." (4)

Daß die Ausschaltung unzuverlässiger Gewerbetreibender, die durch ihr Verhalten die Berufsmoral in schwerwiegender Weise untergraben, nicht gegen Art.12 I GG verstößt, ist in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und der übrigen Verwaltungsgerichte mehrfach ausgesprochen worden (5).

(1) Maunz, Gewerberecht, in: Die Verwaltung, Bd.I, S.17.

(2) Fuhr, aaO, § 35 Anm. 11 c; Uber, aaO, S.258.

(3) GewArch. 1959/60, S.8.

(4) Ebenso: Urteil des VGH Stuttgart v. 20.5.1954 (VRspr.7, 729), Hamb. OVG v. 10.6.1950 (MDR 1950, 645); Rother, Rückschau und Ausblick im Gewerbezulassungsrecht in der Bundesrepublik (GewArch.1962, 122 (125)); OVG Münster v. 17.2.1965 (GewArch.1965, 126).

(5) BVerwG v. 12.2.1955 (I B 209.53); Urteil des OVG Rheinland-Pfalz v. 29.6.1957; Urteil des OVG Koblenz v. 29.6.1957 in VRspr.11, 614: "Da § 35 die Untersagung des Gewerbebetriebs von der Zuverlässigkeit bzw. Unzuverlässigkeit des Betreffenden abhängig macht, es sich hierbei jedoch um eine subjektive Zulassungsvoraussetzung handelt, die keine Verletzung des Wesensgehalts der Berufsfreiheit darstellt, (Art.19 II GG), weil es der Gewerbetreibende selbst in der Hand hat, ob auf ihn die Maßnahme angewendet wird oder nicht, verstößt diese Vorschrift nicht gegen das Grundrecht der Berufsfreiheit des Art.12 GG."

Die Vorschrift des § 35 ist gerade im Hinblick auf den Gedanken, daß der Beginn jeder gewerblichen Tätigkeit entsprechend der Verfassungslage und der gegenwärtigen wirtschaftspolitischen Konzeption von Beschränkungen möglichst frei bleiben muß, daß der Staat aber wenigstens dann solle eingreifen können, wenn ein Gewerbetreibender durch seine Unzuverlässigkeit die Umwelt gefährdet, zu begrüßen (1).

§ 8 Der Ausschluß der Rückwirkung von § 35 n.F.

Durch § 35 n.F. werden nicht nur die nach dem Inkrafttreten der vierten Novelle zur Gewerbeordnung entstandenen Gewerbebetriebe betroffen (2). Allerdings ist die gewerbliche Tätigkeit vor der Gesetzesänderung nach den früheren Vorschriften zu beurteilen und wird nur für die Zukunft der Neuregelung unterworfen.

Tatsachen, die vor der Neufassung von § 35 liegen, können nur die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden begründen und zu einer Untersagung nach § 35 n.F. führen, wenn es sich um Gewerbebezweige handelt, bei denen auch schon bisher eine Untersagung wegen Unzuverlässigkeit möglich war (z.B. § 35 a.F.), oder eine notwendige Erlaubnis wegen Unzuverlässigkeit entzogen werden konnte, und diese Regelung durch die des § 35 n.F. ersetzt wurde. Dabei ist gleichgültig, ob diese Vorschriften die Untersagung auf Grund von Unzuverlässigkeit zwingend vorsahen oder sie in das Ermessen der Behörde stellten (3).

Soweit Gewerbe der Neuregelung in § 35 unterworfen sind, ohne daß zuvor eine Untersagung wegen Unzuverlässigkeit möglich gewesen wäre, ist eine Untersagung, allein gestützt auf Tatsachen, die vor der Zeit des Inkrafttretens des vierten Bundesgesetzes zur Änderung der Gewerbeordnung liegen, ausgeschlossen. Eine rückwirkende Anwendung des § 35 verbietet sich bereits aus § 1 Abs. 2 GewO, der ausdrücklich festlegt, daß der Gewerbeordnung keine rückwirkende Kraft beizulegen ist. Da die Gewerbeordnung jedoch eine Einheit darstellt, gilt dies auch für alle späteren Änderungen, soweit nicht etwas anderes be-

(1) BVerwG v. 21. 7. 1959 (DVB1. 1959, 775); E. Hoffmann: Die Neuregelung des Gewerberechts (BVB1. 1960, 265). Im Hinblick auf die Neufassung von § 35 hierzu bereits Nieschlag, R., Die Gewerbefreiheit im Handel, Köln und Op-laden 1953, S. 85.

(2) Eyermann-Fröhler, aaO, § 35, RdNr. 9.

(3) Eyermann-Fröhler, aaO, § 35, RdNr. 18.

stimmt ist (1). Der vor dem 30.9.1960 begonnene und danach noch ausgeübte Gewerbebetrieb genießt den Schutz des § 1 Abs.2 GewO (2).

Alttatsachen für sich alleine können für Neubetriebe nicht Untersagungsgrundlage sein und können nur zur Würdigung der Gesamtpersönlichkeit herangezogen werden (3).

In diesem Zusammenhang ist noch darauf einzugehen, nach welcher Rechtslage zu entscheiden ist, wenn eine Untersagung während der Geltungszeit des aufgehobenen Gesetzes ausgesprochen wurde, das Gericht aber erst nach Inkrafttreten des § 35 n.F. darüber entscheidet. Da für die Rechtmäßigkeit der Untersagungsverfügung alleine auf den Zeitpunkt des Erlasses abzustellen ist, Maßstab nur das Recht ist, das zu der Zeit galt, als die Verwaltungsbehörde tätig wurde, ist die Frage, ob die Untersagung in materiellrechtlicher Hinsicht der neuen Rechtslage entspricht, nicht mehr zu stellen (4).

§ 9 Gewerbeuntersagung kraft Verwirkung ?

Unter nationalsozialistischer Herrschaft wurde im Rahmen einer Wirtschaftsverfassung, die den Grundsatz der Gewerbefreiheit fast vollständig verdrängt hatte, um ein System staatlich gebundener Wirtschaft zu schaffen, vielfach die Ansicht vertreten, daß es neben der Gewerbeuntersagung kraft Gesetzes ein ungeschriebenes Recht der Untersagung kraft Verwirkung gebe, und zwar sowohl der verliehenen als auch der freien Befugnis zum Gewerbebetrieb.

Huber schreibt hierzu im Jahre 1936 (5):

... "Wo der Inhaber einer solchen (freien) Befugnis seine Pflichten gegenüber der Volksgemeinschaft gröblich verletzt, insbesondere dort, wo er sich in erheblichem Maße unzuverlässig erweist, kann ihm die Rechts-

-
- (1) Eyermann-Fröhler, aaO, § 35, RdNr.12; Fuhr, aaO, Anm.11 b; G.Brocki, Ist § 35 GewO n.F. rückwirkend anwendbar? (GewArch.1963, 121 f.).
 - (2) OVG Münster v. 17.2.65 (GewArch. 1965, 126).
 - (3) OVG Münster v. 17.2.65 (GewArch. 1965, 126).
 - (4) Eyermann-Fröhler, aaO, § 35, RdNr.19; a.A. OVG Münster v. 18.1.1961 (OVGE 16, 197), BVerwG v. 23.2.1962 (GewArch. 1962, 126). Eine abschließende Stellungnahme liegt in beiden Fällen nicht vor, da die Rechtmäßigkeit der angefochtenen Entscheidungen sowohl nach der früheren als auch nach der neuen Rechtslage zu bejahen war.
 - (5) ZAKDR 37, 369.

stellung durch eine verwaltungsrechtliche Betriebsuntersagung entzogen werden, wofür die Polizei zuständig ist, da besondere Verwaltungsbehörden hier nicht eingesetzt sind."

Heute, unter der Geltung einer Wirtschaftsverfassung, deren Grundelement die Gewerbefreiheit ist, zu einer Zeit, in der die Berufsfreiheit verfassungsrechtlich garantiert ist und das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung gilt, ist kein Raum für eine Gewerbeuntersagung kraft Verwirkung (1).

2. Kapitel: Die Voraussetzungen der Gewerbeuntersagung

A. Die tatsächlichen Erfordernisse der Gewerbeuntersagung

§ 1 Das Erfordernis eines bereits ausgeübten Gewerbebetriebs

Voraussetzung für die Untersagung gemäß § 35 ist der Beginn des Gewerbebetriebs; dabei kann die erfolgte Anmeldung nach § 14 GewO als Indiz hierfür gelten, entscheidend ist jedoch die tatsächliche Ausübung. Vorher eine Gewerbeuntersagung aussprechen, hieße den repressiven Charakter des § 35 leugnen und auf Umwegen die Zuverlässigkeit als Zulassungsvoraussetzung einführen (2); § 35 geht davon aus, daß der Gewerbetreibende eine Rechtsposition erlangt hat; hat er es nicht, dann ist eine Präventivmaßnahme, gestützt auf § 35 eben nicht möglich (3).

1. Aus diesem Grunde ist auch die Entscheidung des OVG Lüneburg (4) abzulehnen (5). Hiernach soll die Ausnahmegenehmigung gemäß §§ 7 Abs. 2, 8 HO versagt werden können, wenn die Voraussetzungen für die Gewerbeuntersagung nach § 35 gegeben seien. Damit aber würde § 35 präventiver Charakter beigelegt, er würde auf die Berufsaufnahme wirken. Fröhler (6) hebt rich-

(1) Huber, aaO, Bd. I, S. 726.

(2) Siehe hierzu Eyermann-Fröhler, aaO, § 35, RdNr. 60.

(3) Fliegauf in einer Anmerkung zu dem Aufsatz "Die Anwendung des § 15 Abs. 2 und § 35 Gewerbeordnung" von Kröger, GewArch. 1965, 73 (75).

(4) OVG Lüneburg vom 28.10.1961 (GewArch. 1961, 31).

(5) Janssen, aaO, § 35 I f.

(6) Fröhler in einer Anmerkung zu dem Urteil des OVG Lüneburg vom 28.10.1961, GewArch. 1961, 79; und in "Die Bedeutung des § 35 n.F. GewO für das Handwerksrecht", GewArch. 1964, S. 49 ff.

tig hervor, daß der ratio der Handwerksordnung entsprechend nur der fachliche Befähigungsnachweis für die Eintragung in die Handwerksrolle maßgebend sein soll. Entsprechend muß für die Erteilung der Ausnahmegenehmigung entscheidend sein, daß eben im besonders gelagerten Fall von dem Erfordernis des großen Befähigungsnachweises abgesehen werden darf. Wollte man dennoch die Ausnahmegenehmigung deshalb versagen, weil Tatsachen vorliegen, die eine Gewerbeuntersagung gemäß § 35 rechtfertigen würden, so würde man in die Handwerksordnung sachfremde Erwägungen, nämlich das Erfordernis der Zuverlässigkeit hineintragen.

Die Ausnahmegenehmigung kann der betreffenden Person auch nicht mit der Begründung verweigert werden, ihr Begehren sei rechtsmißbräuchlich, weil sie etwas fordere, was ihr sogleich wieder genommen werden müßte, denn dadurch würde der Betroffene in eine vergleichsweise schlechtere Position gebracht: während der Ablehnung der Ausnahmegenehmigung eine gewisse Dauerwirkung innewohnt, hat es der Gewerbetreibende im Falle der Gewerbeuntersagung gemäß § 35 in der Hand, die Tatsachen, die zur Untersagung führten, zu beseitigen und sich einen Rechtsanspruch auf Wiedergestattung gemäß § 35 Abs. 6 zu verschaffen.

Außerdem würde ihm die Möglichkeit, gemäß § 35 Abs. 2 den Handwerksbetrieb durch einen Stellvertreter betreiben zu lassen, abgeschnitten, denn derjenige, der ein Handwerk durch einen Stellvertreter betreiben will, muß in eigener Person die Eintragungsvoraussetzungen erfüllen, also entweder die Meisterprüfung oder eine Ausnahmegenehmigung besitzen; es sei denn, in demselben Verfahren, in dem über die Ausnahmegenehmigung gemäß §§ 7 Abs. 2, 8 HO entschieden würde, prüfte man bereits die Möglichkeit, den Handwerksbetrieb durch einen Stellvertreter führen zu lassen. Das würde dazu führen, daß, böte der Stellvertreter die Gewähr für eine ordnungsgemäße Führung des Betriebes, die Ausnahmegenehmigung jetzt doch zu erteilen wäre. Fröhler (1) spricht in diesem Zusammenhang von einer "unsachgemäßen Vermengung zweier selbständiger Verfahren".

Konsequenterweise müßten ferner die vom OVG Lüneburg für das Verhältnis der Ausnahmegenehmigung zur Gewerbeuntersagung entwickelten Gedanken auch für den Fall gelten, daß sich eine im Sinne von § 35 unzuverlässige Person zur Meisterprüfung melden würde, denn Meisterprüfung und Ausnahmebe-

(1) Fröhler, aaO, S. 80.

willigung werden als Eintragungsvoraussetzungen gleichbehandelt (1). Der Meisterprüfungsausschuß könnte dabei nicht einmal von sich aus solche Personen zurückweisen, da ja § 35 Abs.7 in Verbindung mit § 155 Abs.5 eine Zuständigkeitsregelung enthält, wonach die höhere Verwaltungsbehörde für die Prüfung, ob die Voraussetzungen der Gewerbeuntersagung nach § 35 gegeben sind, zuständig ist.

Vor allem aber würde dem Betroffenen bei Versagung der Ausnahmegewilligung, weil die Voraussetzungen der Gewerbeuntersagung nach § 35 gegeben seien, von der verfahrensrechtlichen Seite her die Chance, seinen Betrieb zumindest eine Weile - unter Umständen zufolge der Langwierigkeit des Verwaltungsverfahrens eine erhebliche Weile - zu betreiben, genommen. Denn in der Regel würde der von dem Gewerbetreibenden erhobene Widerspruch bzw. Anfechtungsklage gegen eine Untersagungsverfügung aufschiebende Wirkung haben, § 80 VGO. Würde das Verfahren nach § 35 jedoch vorgezogen, und mit der Frage der Ausnahmegewilligung nach §§ 7 Abs.2, 8 HO gekoppelt, müßte der Betroffene also gegen die Ablehnung der Ausnahmegewilligung vorgehen, so käme ihm eine aufschiebende Wirkung nicht zugute, und er hätte damit nicht die Chance, seinen Handwerksbetrieb zunächst einmal in die Handwerksrolle einzutragen.

Ist auch die Verweigerung der Ausnahmegenehmigung nach §§ 7 Abs.2, 8 HO mit der Begründung, die Voraussetzungen für eine Untersagung nach § 35 seien gegeben, nicht zulässig, so schließt das nicht aus, daß noch vor oder gleichzeitig mit der Entscheidung über den Antrag auf Erteilung der Ausnahmegewilligung die Untersagung der Ausübung des in Betracht kommenden Handwerks ausgesprochen wird, wenn die Ausübung von Anfang an oder nach Ablauf einer befristeten Ausnahmegewilligung unbefugt ausgeübt wird (2). Hier wird allerdings dann nicht die Ausnahmegewilligung über § 35 versagt, sondern die weitere Ausübung des in Betracht kommenden Handwerks. Eine andere Frage ist hierbei, ob die unbefugte Ausübung allein die Untersagung nach § 35 rechtfertigt.

2. Unbeachtlich für die Zulässigkeit der Gewerbeuntersagung gemäß § 35 ist, ob ein Gewerbe befugt oder unbefugt, d.h. ohne die erforderliche Zulassung oder Genehmigung ausgeübt wird. Es wäre paradox, wollte man das Mittel

(1) Fröhler, aaO, S.80. .

(2) Fuhr, aaO, § 35 Anm.16 c.

der Gewerbeuntersagung nur dann einsetzen, wenn jemand sein Gewerbe be-
fugt ausübt, nicht aber im Fall der unerlaubten Ausübung, wo doch der Be-
treffende durch eben dieses Verhalten seine Unzuverlässigkeit noch unter-
streicht (1).

Insbesondere hat die Untersagung nach § 35 neben der in § 15 Abs.2 vorgese-
henen Möglichkeit, die Fortsetzung eines Gewerbes im Falle des unbefugten
Beginns zu verhindern, selbständige Bedeutung (2). Die Möglichkeiten und
Wirkungen beider Untersagungsverfahren nach §§ 35 und 15 Abs.2 decken
sich keineswegs. § 15 Abs.2 erschöpft sich in der tatsächlichen Schließung,
zieht keine weiteren Folgen nach sich und hat örtliche Geltung, § 35 erstreckt
sich auf das gesamte Bundesgebiet und kann Dauerwirkung haben. Ferner muß
nach § 35, wenn die Voraussetzungen für eine Untersagung gegeben sind, un-
tersagt werden, während die nach § 15 Abs.2 zu ergreifenden Maßnahmen in
das Ermessen der Behörde gestellt sind.

§ 2 Das Erfordernis eines noch ausgeübten Gewerbebetriebs

So wie einerseits ein bereits begonnener Gewerbebetrieb Voraussetzung für die
Gewerbeuntersagung ist, ist auf der anderen Seite eine Untersagung dort aus-
geschlossen, wo ein angefangener Gewerbebetrieb bereits wieder eingestellt
worden ist oder tatsächlich nicht ausgeübt wird; erforderlich ist jedoch die
ernstliche und endgültige Einstellung des Betriebs (3). Dabei kann die Abmel-

-
- (1) Eyermann-Fröhler, aaO, § 35, RdNr.78, Urteil des OVG Münster v.
28.5.1958 (GewArch. 1959, 33).
 - (2) Urteil des OVG Münster v. 28.5.1958 (GewArch. 1962, 269); Urteil
des Bad.-Württ.VGH v. 19.6.1961 (GewArch. 1961, 215 (217)).
Ferner: Janssen, aaO, § 35 I g; Fuhr, aaO, § 35 Anm.78.
 - (3) U des Pr.OVG v. 4.3.1932 (GewArch.30, 310): "...Die Untersagungskla-
ge ist dadurch bedingt, daß der Gewerbebetrieb, um den es sich handelt,
besteht, oder wenn er eingestellt ist, jedenfalls die Annahme rechtfertigt,
daß die Einstellung nicht ernstlich gemeint oder die Wiederaufnahme zu
erwarten ist...Ein Anhalt dafür, daß die Aufgabe des Gewerbebetriebes
nicht endgültig ist, liegt nicht vor. Unter diesen Umständen entbehrte
die Klage ihrer wesentlichen Grundlage und mußte abgewiesen werden."
Ebenso E des Bay.VGH v.15.2.1924 (GewArch.22, 531); E des Pr.OVG
v. 6.11.1924 (GewArch.23, 79); E des Pr.OVG v.17.12.1908 (GewArch.

dung nur als ein Indiz hierfür gewertet werden, entscheidend ist, ob der Gewerbetreibende das Gewerbe tatsächlich noch ausübt oder nicht (1).

1. Ist die Annahme gerechtfertigt, daß ein bereits eingestellter Gewerbebetrieb alsbald wieder aufgenommen werden soll, so ist die Einstellung kein Hindernis für die Gewerbeuntersagung (2). Ebensowenig wie die Einstellung hindert die Verpachtung oder die Veräußerung des Gewerbebetriebes die Untersagung nach § 35 (3).

2. Ferner ist es zulässig, einen Gewerbebetrieb zu untersagen, an dessen Ausübung der Gewerbetreibende vorübergehend tatsächlich verhindert ist, etwa durch Krankheit oder die Verbüßung einer Freiheitsstrafe, es sei denn, daß den Umständen nach eine Wiederaufnahme ausgeschlossen erscheint (4).

3. Vielfach versucht der Gewerbetreibende sich einer drohenden Gewerbeuntersagung durch die Übertragung seines Geschäftes auf einen Dritten zu entziehen. Hierbei ist zu unterscheiden, ob es sich nur um eine Scheinübertragung handelt. Eine Vermutung hierfür besteht, wenn der Gewerbebetrieb unter dem Namen einer dem Inhaber nahestehenden Person angemeldet wird, vor allem des Ehegatten. Hier richtet sich die Gewerbeuntersagung nach wie vor gegen den bisherigen Gewerbetreibenden. Dieser Situation entspricht der Fall, daß der Gewerbetreibende seinen Betrieb nur zum Schein eingestellt hatte (5).

4. Anders liegt der Fall, wenn das Unternehmen durch einen Übergabevertrag auf eine dritte Person übertragen wird. Hier kann sich die Untersagung nicht

8,422). E des Pr.OVG v. 2.2.1928 (GewArch.25,534): "Auch wenn der Rechtskonsulent angeblich sein Gewerbe nicht ausübt, so steht dies der Klage auf Untersagung nicht entgegen, denn es kommt dabei nicht auf eine Abmeldung und Nichtausübung an, sondern nur auf die ernstliche und endgültige Einstellung. Ohne solche könnte das Gewerbe jederzeit wieder aufgenommen werden."

(1) E des Pr.OVG v. 6.11.1924 (GewArch.23,79); v. 21.10.1926 (GewArch.24,545); v. 24.9.1936 (GewArch.30,371,375).

(2) E des Pr.OVG v. 8.2.1906 (GewArch. 7, 97); E des Bay.VGH v. 10.12.1902 (GewArch. 3,261).

(3) Janssen, aaO, IV, 1.

(4) E des Pr.OVG v. 24.9.36 (GewArch. 35,17).

(5) Gewerbeuntersagung, wenn Einstellung zum Schein: E des Pr.OVG v. 16.12.1909 (GewArch. 9,415); v. 27.2.1929 (GewArch.26,ErgBd. S.186).

gegen den neuen Inhaber richten, da die Gründe, aus denen gemäß § 35 untersagt werden kann, an die Person des Gewerbetreibenden anknüpfen. Die Unzuverlässigkeit des bisherigen Inhabers kann nur insoweit auf den neuen Gewerbetreibenden abfärben, als dieser ihm einen wesentlichen Einfluß auf den Geschäftsbetrieb einräumt.

B. Die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen des § 35 Abs.1 GewO

Die Gewerbeuntersagung ist nur zulässig, wenn die im Gesetzestext angeführten Tatbestandsmerkmale erfüllt sind, das heißt, es müssen

Tatsachen vorliegen, die die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden oder einer mit der Leitung des Gewerbebetriebes beauftragten Person in bezug auf diesen Gewerbebetrieb dartun,

aus diesem Grunde eine Gefährdung der Allgemeinheit oder einzelner im Hinblick auf bestimmte Rechtsgüter zu befürchten sein

und die Gewerbeuntersagung muß das einzige Mittel sein, um dieser Gefährdung begegnen zu können.

§ 1 Die Unzuverlässigkeit

1. Der Begriff der Unzuverlässigkeit

Der Gesetzgeber hat als Anknüpfungspunkt für die Gewerbeuntersagung die Unzuverlässigkeit gewählt und zum zentralen Begriff der Untersagungsklausel des § 35 gemacht. Gegen dieses Unzuverlässigkeitserfordernis wurden bei der Ausgestaltung des § 35 vielfach Bedenken geäußert, weil der Begriff im Einzelfall nicht genau genug umrissen sei, sondern seine nähere Auslegung dem behördlichen Ermessen anheimgestellt werde. Diese Angriffe waren nicht neu. Bereits bei den Verhandlungen zu der Novelle zur Gewerbeordnung von 1883 wurde ausgeführt: "Die Beurteilung, ob jemand verurteilt ist oder nicht, ob es ein Verbrechen oder ein Vergehen gegen den oder jenen Paragraphen ist, die ist einfach und erfordert kein großes Ermessen, es gibt keinen großen Spielraum. Das ist zu ertragen, daß soviel Spielraum die Verwaltungsbehörde hat; daß sie aber urteilen soll im allgemeinen, ob Tatsachen vorliegen, die die Unzuverlässigkeit dartun, namentlich wenn man unter der 'Unzuverlässigkeit' auch begreifen will das mangelnde Können und Verstehen, das ist ein Verlangen, welches die betreffenden vollständig der Willkür der betreffenden

Polizeibehörden preisgibt." (1) Diese Ausführungen - für die Verwaltungsbehörden nicht sehr schmeichelhaft - blieben jedoch noch in derselben Sitzung nicht unwidersprochen, anstelle der erfolgten Anknüpfung an Bestrafungen sei ein Prinzip zu setzen, welches die Unzuverlässigkeit generell von "Tatsachen, welche die Unzuverlässigkeit darzutun geeignet sind", abhängig mache. Ferner sei es dringend erforderlich, den Behörden den gerügten weiten Bereich für Ermessensentscheidungen zuzugestehen, zumal es die höheren Verwaltungsbehörden seien, die sich mit diesen Fragen zu beschäftigen hätten (2).

Zu der ablehnenden Haltung gegenüber der Unzuverlässigkeit traten Reminiscenzen aus der Zeit vor 1945, in welcher der Unzuverlässigkeitsbegriff auf Grund nationalsozialistischer Anschauungen einen gewerbefremden, politischen Charakter erhalten hatte. Das hatte zur Folge, daß der Anwendungsbe-
reich dieser Zulassungsvoraussetzung stark eingeschränkt wurde (3).

Entscheidend für die Wertung einer allgemeinen Untersagungsnorm und ihre Praktikabilität sind die Voraussetzungen, unter denen die Untersagung ausgesprochen werden kann. Als mögliche Untersagungs Voraussetzungen bieten sich herkömmlicherweise objektive und subjektive Berufsbedingungen an (4).

2. Andere Anknüpfungsmöglichkeiten

a) Klassische objektive Berufsvoraussetzung ist die Bedürfnisprüfung. Abgesehen davon, daß ein bereits bestehender Gewerbebetrieb nicht deshalb untersagt werden darf, weil aus irgendeinem Grunde das Bedürfnis für die Existenz des Betriebes nachträglich fortgefallen ist, wollte man nicht das subjektive Recht auf ungehinderte Ausübung eines erlaubt oder frei begonnenen Gewerbes verletzen, muß eine derartige Regelung im Hinblick auf die Zielsetzung des § 35, nämlich Selektion - allgemein ausgedrückt - sozialschädlicher Personen, im besonderen - Störer - zum Zwecke eines gedeihlichen Zusammenwirkens im gewerberechtlichem Bereich ausscheiden.

b) Ferner bieten sich die subjektiven Berufsvoraussetzungen der Sachkunde und Zuverlässigkeit an. Aber auch die fehlende Sachkunde muß als Anknüpfungspunkt für die nachträgliche Gewerbeuntersagung ausscheiden. Der Sinn des Sachkundenachweises liegt in der Ausschaltung aller derjenigen Gewerbetrei-

(1) Sten.Berichte über die Verhandlungen d.Reichstags, 1883, 3.Bd., S.1728.

(2) Sten.Berichte über die Verhandlungen d.Reichstags, 1883, 3.Bd., S.1729.

(3) Rother, Zum Problem der Gewerbeuntersagung, GewArch.1955, 29.

(4) Tuchtfeldt, aaO, S.121.

benden, welche nicht über die erforderlichen Kenntnisse verfügen, die zur Aufrechterhaltung einer wirtschaftlichen Existenz erforderlich sind und die dadurch einen ganzen Gewerbebezweig zum Nachteil der Allgemeinheit gefährden können. Hier ist Rother zuzustimmen, der ausführt: "Nicht weniger bedenklich wäre es, die fehlende Sachkunde als Anlaß für eine Gewerbeuntersagung zu nehmen. Dies mag deshalb gesagt sein, weil in letzter Zeit der Gedanke aufgetaucht ist, im Einzelhandel oder überhaupt im Handel zunächst jedermann zuzulassen, ihm aber dann später das Gewerbe zu untersagen, wenn er sich als sachunkundig erweist. Eine solche Regelung erscheint deshalb als untragbar, weil hierdurch eine außerordentliche Unsicherheit in die Wirtschaft, insbesondere aber in den Handel hineingetragen würde.

Es gibt hier nur zwei Möglichkeiten. Entweder ist die Sachkunde in einem bestimmten Gewerbe zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, Gesundheit und Sittlichkeit, also im öffentlichen Interesse eine so wichtige und unentbehrliche Berufsvoraussetzung, daß ohne sie niemand ein Gewerbe ausüben darf (z.B. bei der Herstellung von Giften), dann muß sie schon vor Beginn des Gewerbes geprüft werden, oder der Sachkunde kommt die erwähnte entscheidende Bedeutung nicht zu. In letzterem Fall muß aber auch das später festgestellte Fehlen der Sachkunde ohne Bedeutung sein, d.h. der Mangel der Sachkunde bleibt gewerberechtlich irrelevant." (1)

3. Kritische Würdigung

Scheidet auch mangelnde Sachkunde als Untersagungsgrund aus, so bleibt nur - nachdem auch das im Zivilrecht häufig zu findende Kriterium des "wichtigen Grundes" als zu unbestimmt abgelehnt werden muß - die Unzuverlässigkeit, die von vorneherein gegenüber anderen Zulassungsbeschränkungen den Vorteil besitzt, von relativ schwacher Wirkung zu sein, sofern sie nicht mit schärferen Zugangsbeschränkungen gekoppelt ist.

In frühen gewerberechtlichen Vorschriften findet sich der Begriff der Zuverlässigkeit bzw. Unzuverlässigkeit selten. Die Bedeutung der Zuverlässigkeitsprüfung blieb lange Zeit, da auf wenige Gewerbebezüge beschränkt, gering.

In der vom Reichstag angenommenen Fassung der Gewerbeordnung zeigte sich das Bemühen, möglichst jede Einschränkung der Gewerbefreiheit zu unterlassen. Aus diesem Grunde wurde die verschiedentlich geforderte Zuverlässigkeitsprüfung auf die Berücksichtigung einzelner schwerwiegender Tatsachen,

(1) Rother, Zum Problem der Gewerbeuntersagung, GewArch. 1955, S.29.

insbesondere erhebliche Bestrafung, zurückgeschraubt und auch, wenn man weiterhin auf die Zuverlässigkeit abhob (§§ 33, 57 GewO), schwächte man diese Einschränkungen dahingehend ab, daß man nicht, wie ursprünglich, den Nachweis der Zuverlässigkeit verlangte, vielmehr festlegte, daß die Behörde nur dann einschreiten könne, wenn sie auf Grund von Tatsachen die Unzuverlässigkeit nachzuweisen imstande sei.

Heute findet sich der Begriff der Unzuverlässigkeit in einer Vielzahl von Gesetzesvorschriften (1).

Bei der Betrachtung des Zuverlässigkeitserfordernisses darf nicht allein auf die Verwendung des Wortes "Unzuverlässigkeit" abgestellt werden, es müssen vielmehr alle Vorschriften hinsichtlich Gewerbe und Beruf herangezogen werden, in denen der Gesetzgeber irgendwelche Anforderungen an die persönlichen Eigenschaften des Ausübenden stellt.

In manchen Fällen wird näher bestimmt, was unter Zuverlässigkeit bzw. Unzuverlässigkeit zu verstehen ist: Vorstrafen wegen Vergehen oder Verbrechen gegen die Sittlichkeit, sowie Vorstrafen wegen aus Gewinnsucht begangener Vergehen oder Verbrechen etc. Eine beispielhafte Umschreibung dessen, was die Unzuverlässigkeit für den Betrieb einer Gaststätte ausmacht, findet sich in § 2 Abs. 2 GaststG; danach ist die Erlaubnis zum Gewerbebetrieb zu untersagen, "wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß der Antragsteller die für den Gewerbebetrieb erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzt, insbesondere dem Trunk ergeben ist, oder das Gewerbe zur Förderung der Völlerei, des Glücksspiels, der Hehlerei, unlauterer Handelsgeschäfte oder der Unsittlichkeit oder zur Ausbeutung Unerfahrener, Leichtsinniger oder Willensschwacher, zur sittlichen und gesundheitlichen Schädigung Jugendlicher oder zum Vertrieb gesundheitsschädlicher, verfälschter oder verdorbener Nahrungs- oder Genußmittel mißbraucht."

Eine ähnliche Umschreibung findet sich in § 11 der Verordnung über das Schornsteinfegerwesen (2).

-
- (1) z.B. § 5 G über den Vertrieb von Blindenwaren; §§ 2, 12 GaststG; § 2 StVG; § 10 GüterkraftverkehrsG; § 2 I 1. DVO zum HeilpraktikerG; § 7 HebG; §§ 4, 45 des Preuß. KleinbahnG für Kleinbahnen und Privatanschlußbahnen; § 3 TheaterG; § 14 MilchG; §§ 3, 5 WaffG; §§ 4, 6 RKreditG; § 8 VersicherungsaufsichtsG; § 53 a GewO, §§ 57-57 b GewO, § 37 GewO.
 - (2) VO über das Schornsteinfegerwesen vom 28. 7. 1937 (RGBl. I, S. 831). § 11 lautet: "In die Bewerberliste darf nur eingetragen werden, wer 1. die deut-

In den meisten Fällen erfolgt keine Präzisierung, was "Unzuverlässigkeit" bedeuten soll. Die Beurteilung dessen, was die Unzuverlässigkeit einer Person ausmachen soll, wird hier den Behörden anheimgestellt. Dabei ist die oft zielierte Gefahr einer willkürlichen Handhabung der Zuverlässigkeitsprüfung nicht ganz von der Hand zu weisen, wenngleich in den der Entstehung der Gewerbeordnung von 1869 folgenden Jahrzehnten der Begriff der Zuverlässigkeit und Unzuverlässigkeit durch die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte weiter entwickelt wurde. Da die Ausfüllung eines unbestimmten Rechtsbegriffes wie auch die Interpretation eines Textes jedoch nie losgelöst von den jeweils herrschenden Anschauungen der Gesellschaft, von der sozialen und politischen Situation, möglicherweise auch gemäß den Ansichten einer Diktatur (in der Zeit des Nationalsozialismus bedeutete jüdische Rasse soviel wie Unzuverlässigkeit) geschieht, ist es zweckmäßig, derartige Begriffe so eng wie möglich zu fassen, falls sie nicht überhaupt verzichtbar sind.

Einen wesentlichen Fortschritt gegenüber früheren Formulierungen bedeutet daher die in § 35 enthaltene Objektivierung der Unzuverlässigkeit: es müssen Tatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit dartun; das heißt aber, nur konkret feststellbare, erwiesene Tatsachen dürfen für die Entscheidung herangezogen werden; Gerüchte, Vermutungen oder unbewiesene Angaben reichen nicht aus, wobei jede Unklarheit zu Lasten der Behörde geht; sie trägt die sogenannte "Feststellungslast" (1).

Was den Zeitpunkt des Eintritts der die Unzuverlässigkeit eines Gewerbetreibenden dartuenden Tatsachen anbelangt, so wird eine Entscheidung grundsätzlich auf Tatsachen zu stützen sein, die nach Beginn des Gewerbebetriebs eingetreten sind; allerdings können auch Tatsachen, die vor Beginn der Gewerbeausübung liegen, als die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden begründend insoweit herangezogen werden, als sie in dem Moment, in dem man sich auf die beruft, der Logik nach noch immer den Schluß rechtfertigen, daß eine Person als zum ordnungsgemäßen Betrieb des Gewerbes ungeeignet betrachtet werden muß.

sche Reichsangehörigkeit besitzt, 2. die für einen Bezirksschornsteinfegermeister erforderliche Zuverlässigkeit besitzt und einen nüchternen, ordentlichen Lebenswandel führt; diese Zuverlässigkeit besitzt insbesondere nicht mehr, wer wegen eines Verbrechens oder eines aus Gewinnsucht begangenen oder gegen das Eigentum gerichteten Vergehens oder wegen eines Vergehens gegen die Sittlichkeit zu einer Freiheitsstrafe verurteilt ist."

- (1) Brocki, Zur Prüfung der persönlichen Zuverlässigkeit im gewerbe- und atomrechtlichen Genehmigungsverfahren, in: GewArch. 63, 98.

Waren die Tatsachen, auf die die Gewerbeuntersagung gestützt werden soll, jedoch vor Beginn der Gewerbeausübung der Verwaltungsbehörde bekannt - sei es auf Grund einer früheren Überprüfung der Person des Gewerbetreibenden - oder amtsbekannt, und hat die Behörde hiergegen keine Schritte unternommen, so kann sie später eine Untersagung nur aussprechen, wenn sie nach Abwägung des Vertrauensschutzes des Betroffenen und des Interesses der Allgemeinheit an der Durchführung der Maßnahme zu dem Schluß kommt, daß letzteres höher zu bewerten sei (1).

Auch nach der Untersagung eingetretene Tatsachen sind möglicherweise zu berücksichtigen zur Bestätigung der zutreffenden Beurteilung des Gewerbetreibenden (2). Zu beachten ist, daß eine Tatsache - z.B. die Bestrafung eines Gewerbetreibenden - für die Untersagung dann nicht mehr heranzuziehen ist, wenn sich aus ihr nicht mehr die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden ergibt; insoweit besteht also eine zeitliche Beschränkung für die Verwendbarkeit von Tatsachen.

Der Konkretisierung dient ferner die Forderung, daß sich die Unzuverlässigkeit stets auf ein bestimmtes Gewerbe beziehen muß. Damit ist einer Ausuferung von Werturteilen eine Grenze gezogen. Eine weitere Einschränkung des Begriffes bedeutet, daß die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden eine Gefährdung einzeln aufgezählter Rechtsgüter zur Folge haben muß; das war auch einer der Gründe, weshalb die zunächst im Entwurf (3) enthaltene kassuistische Aufzählung der Unzuverlässigkeit ausmachenden Tatsachen, wie z.B. rechtskräftige Verurteilung wegen Betruges oder Dienststahls, gestrichen wurde. Wenn die Beschränkung auf den angeführten Rechtsgüterkatalog als eine der Rechtssicherheit und der Praktikabilität dienende Regelung angesehen werden muß, wird allerdings die aus demselben Grund aufgenommene Beschränkung auf bestimmte Personen insoweit wieder herabgewürdigt, als der sehr unbestimmte Begriff "andere" verwendet wird.

Wenn es im Gesetz heißt, daß Tatsachen vorliegen müssen, welche die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden "in bezug" auf das zu untersagende Gewerbe dartun, so bedeutet das lediglich, daß die Tatsachen eine Beziehung auf den spezifischen Gewerbebetrieb haben müssen. Zwischen den Tat-

(1) Eyermann-Fröhler, aaO, § 35 RdNr.49. Bay.VGH v. 20.3.36 (GewArch. 34, 329)Württ.-Bad.VGH v. 29.6.47 (DÖV 48, 124).

(2) Eyermann-Fröhler, aaO, § 35 RdNr.51.

(3) Verh.d.Dt.BT, 57.Bd., 3.Wahlper., Drucks.318, S.18.

sachen und dem ausgeübten Gewerbebetrieb braucht kein unmittelbarer Zusammenhang zu bestehen, sie müssen nur den Schluß rechtfertigen, der Gewerbetreibende werde durch die Weiterführung des Gewerbebetriebs im Falle einer Nichtuntersagung die in § 35 I aufgezählten Rechtsgüter bestimmter Personengruppen oder der Allgemeinheit gefährden. Die Tatsachen, die die Unzuverlässigkeit dartun, brauchen nicht in oder bei Ausübung des Gewerbebetriebes entstanden zu sein, sie müssen nur Auswirkungen auf das konkret betriebene Gewerbe haben (1); sie können also auch aus der privaten Lebenssphäre des Betroffenen herrühren und nach der allgemeinen moralischen Qualifikation des Unternehmers beurteilt werden; nur muß das sich hierbei ergebende Gesamtbild in einer direkten Beziehung zu den Erfordernissen stehen, welche der spezielle Gewerbebetrieb an die persönlichen Eigenschaften des Gewerbetreibenden stellt.

Im Einzelfall hat die Behörde in dieser Hinsicht eine sorgfältige Prüfung vorzunehmen, da einerseits die Gewerbeuntersagung für den Betroffenen eine einschneidende Maßnahme darstellt und zum anderen seine gewerbliche Tätigkeit nur unter dem Aspekt des Angriffs der in § 35 I genannten Rechtsgüter mittels des konkret ausgeübten Gewerbes zu beurteilen ist; § 35 soll kein Schutzgesetz hinsichtlich allgemeiner Unzuverlässigkeit sein (2). Gefährlich ist die in § 35 I enthaltene Prognose, "sofern die weitere Ausübung ... eine Gefährdung ... mit sich bringt", weil hier eine die Entwicklung künftiger Eigenschaften und das Verhalten eines Gewerbetreibenden wertende Aussage erfolgt.

(1) E des Preuß. OVG v. 19.10.1903 (GewArch. 3, 426).

E des Preuß. OVG v. 7.4.1910 (GewArch. 10, 274).

E des Preuß. OVG v. 29.12.1932 (GewArch. 30, 529).

E des Preuß. OVG v. 21.12.1918 (GewArch. 17, 484).

E des Preuß. OVG v. 15.12.1909 (GewArch. 8, 601).

U des OVG Rheinland-Pfalz v. 29.6.1957 (VRspr. 11, Nr.143, S.615).

U des BVerwG v. 21.7.1964 (GewArch. 1965, 8).

(2) So entschied das Preuß. OVG (Urteil v. 15.3.1917 in GewArch. 16, 595), daß einer Trödlerin nicht deshalb der Gewerbebetrieb untersagt werden könne, weil sie zu einer Zeit, als sie der Prostitution nachging, gegen die Kontrollvorschriften verstieß.

4. Die Rechtsnatur der Unzuverlässigkeit

Zuverlässigkeit beziehungsweise Unzuverlässigkeit ist ein sogenannter unbestimmter Rechtsbegriff (1), da er in keiner gewerbe- oder berufsrechtlichen Vorschrift eindeutig festgelegt ist; vielmehr ist dieser Begriff jeweils nach durchschnittlichen sozialen, wirtschaftlichen oder technischen Anschauungen mit einem hinreichend bestimmten Rechtsgehalt zu füllen und ihm ein dem Willen des Gesetzgebers entsprechender Inhalt zu geben (2).

Die im Einzelfall zu treffende Entscheidung ist dann allein durch die Unterordnung eines bestimmten Sachverhalts unter den so umrissenen Rechtsbegriff zu gewinnen, wobei nur eine einzige Entscheidung richtig sein kann, weil es sich um einen Erkenntnisvorgang handelt, im Gegensatz zu Ermessensentscheidungen, bei denen die Verwaltungsbehörde nach ihrem Willen unter mehreren Möglichkeiten wählen kann und ihrem Handeln nur das Verbot des Ermessensmißbrauchs entgegensteht.

Die Behörde hat also jeweils auf Grund des ihr vorliegenden Sachverhalts zu untersuchen, ob die Tatsachen, welche die Unzuverlässigkeit dartun sollen, den unbestimmten Rechtsbegriff ausfüllen. Ob diese Rechtsfrage richtig beantwortet ist oder nicht, unterliegt in vollem Umfange der Nachprüfung durch die Verwaltungsgerichte (3).

Auf die Frage, ob den Behörden bei der Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs ein Beurteilungsspielraum einzuräumen ist, wie es zum Teil in Rechtsprechung und Lehre vertreten wird, braucht im Zusammenhang mit der Auslegung des § 35 GewO nicht eingegangen zu werden, "weil hier mehrere im einzelnen ausdrücklich festgelegte Tatbestandsmerkmale nach dem Prinzip absolut strenger Kausalität erfüllt sein müssen, wenn die Untersagung nach § 35 zulässig sein soll" (4).

5. Die Auslegung des Begriffes der Unzuverlässigkeit

a) Als unzuverlässig bezeichnet man - ganz allgemein - einen Menschen, wenn man nicht mit seinem Wort und seiner Handlungsweise rechnen kann, wenn man sich also, wie es in der Alltagssprache heißt, nicht auf ihn verlassen kann.

(1) Urteil des BVerwG vom 9.11.1955 (BVerwGE 2, 313 (314)).

(2) Urteil des BVerwG vom 25.5.1954 (BVerwGE 1, 149),

Urteil des OVG Koblenz vom 29.6.1957 (GewArch.1958, 223).

(3) U des Württ.-Bad.VGH v. 11.11.1955 (VRspr. 9, S.223).

(4) Eyer mann-Fröhler, aaO, § 35 RdNr.41.

Hierbei schließt man aus Tatsachen und Erfahrungen, die man mit der betreffenden Person gemacht hat, auf deren spätere Verhaltensweise. In diesem Urteil ist meist eine Würdigung der gesamten Persönlichkeit enthalten (1).

b) Der Begriff der Zuverlässigkeit bzw. Unzuverlässigkeit ist kein absoluter; man kann von einem Menschen nicht sagen, er ist unzuverlässig oder er ist es nicht; vielmehr muß immer hinzugefügt werden, in bezug worauf diese Eigenschaft gegeben sein soll. Auf das Gewerberecht bezogen bedeutet das: die Zuverlässigkeit bzw. Unzuverlässigkeit bezieht sich immer nur auf die zu betreibende oder betriebene Gewerbeart (relative Unzuverlässigkeit), es wird auf den Schutzzweck der entsprechenden gewerberechtlichen Bestimmung abgestellt (2).

c) Nun ist zu berücksichtigen, daß sich die Anschauungen darüber, wann jemand als unzuverlässig zu betrachten ist, im Fluß des sittlichen, geistigen und wirtschaftlichen Lebens gewandelt haben. Anfangs sah man lediglich eine moralische Unzuverlässigkeit, die mit bürgerlicher Bescholtenheit gleichzusetzen ist, als bedeutsam an. Dieser enge Begriff der Unzuverlässigkeit wurde den einschlägigen Bestimmungen in der Gewerbeordnung von 1869, anlehnend an die Bestimmung des § 26 der Allgemeinen Gewerbeordnung Preußens von 1845, zugrunde gelegt, wo von "Zuverlässigkeit" in sittlicher Hinsicht die Rede war. Das ergibt sich aus den Motiven, die wiederholt von der "Fernhaltung unlauterer und gefährlicher Elemente" sprechen.

-
- (1) Beschluß des BVerwG vom 29.4.1958 in DÖV 58, 548; ferner Urteil des OVG Berlin v. 24.6.1964: "Die gewerbliche Unzuverlässigkeit kennzeichnet eine Wesenseigenschaft und bezieht sich auf das gesamte Verhalten des Gewerbetreibenden im gewerblichen Verkehr. Sie ist mit der Folge der Gewerbeuntersagung zu bejahen, wenn aus dem Verhalten des Gewerbetreibenden geschlossen werden muß, daß er in Zukunft nicht die Gewähr für die einwandfreie Ausübung bietet, wenn dadurch Gefährdungen der im Gesetz aufgeführten zentralen Rechtsgüter zu befürchten sind und wenn die Gewerbeuntersagung nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit das einzige Mittel ist, um die Gefährdung abzuwenden."

- (2) Urteil d. BVerwG v. 27.6.1961 in DVBl. 61, 731; Pr. OVG in GewArch. 17, 486; 25, 54; 27, 369;
Schulz-Schaeffer, Auflagen zur Beseitigung gesetzlicher Versagungsgründe nach § 2 GaststG, S. 2/3; Eyermann-Fröhler, aaO, § 35 RdNr. 21; Fröhler, Die Bedeutung des § 35 n.F. GewO für das Handwerk, GewArch. 1964, S. 49 ff. (50/51).

Auch in einer Entscheidung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts vom 23.5.1877 heißt es ausdrücklich, daß der Begriff der Unzuverlässigkeit im Sinn des gemeinen Sprachgebrauchs aufzufassen sei: "Dieser verbindet mit dem Begriff der Unzuverlässigkeit regelmäßig wenigstens ein Urteil über den sittlichen Gehalt der Persönlichkeit." (1)

Diese enge Auslegung des Begriffes der Unzuverlässigkeit konnte jedoch nur kurze Zeit aufrechterhalten werden; bald waren Bildung, Befähigung, Besitz ausreichender Mittel als entscheidende Elemente der Zuverlässigkeit bzw. Unzuverlässigkeit bei deren Fehlen anerkannt (2).

Seitdem die Novelle zur Gewerbeordnung vom 15.7.1880 den § 32 GewO änderte und von einer Zuverlässigkeit "insbesondere in sittlicher, artistischer und finanzieller Hinsicht" sprach, knüpfte man für die Betrachtung des Begriffes der Zuverlässigkeit bzw. Unzuverlässigkeit an diese drei Merkmale des § 32 an (3), wobei man für "artistisch" gleich "beruflich" setzte.

Auch heute kann man an diese Einteilung von 1880 als Hauptfälle der Zuverlässigkeit oder Unzuverlässigkeit anlehnen, aber die Übergänge sind fließend.

In der Rechtsprechung wird jemand dann als unzuverlässig angesehen, wenn er nicht die Gewähr für eine (in Zukunft) ordnungsgemäße Ausübung des Gewerbes bietet (4). Nicht ordnungsgemäß im Sinne dieser Unzuverlässigkeit übt ein Gewerbetreibender dann sein Gewerbe aus, wenn er dabei in nicht unerheblichem Umfang gegen Rechtsnormen oder gültige behördliche Anordnungen verstößt oder in einer die Allgemeinheit berührenden Weise die übrigen aus dem Gewerbebetrieb fließenden zivilrechtlichen Verpflichtungen nicht erfüllt (5). Dabei können örtliche Anschauungen nicht entscheidend sein (6).

Hinzuzufügen ist, daß bereits eine einzige Handlung des Gewerbetreibenden genügen kann, um die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden darzutun (7), allerdings muß diese eine gewisse Intensität besitzen.

(1) Pr. OVG 2, 306, Urteil vom 23. Mai 1877, S. 306 (308).

(2) E des Pr. OVG v. 16. Okt. 1895, OVG 28, 329 (331).

(3) Aufgehoben durch § 9 des TheaterG vom 15.5.1934.

(4) BVerwG v. 27.1.1961 (GewArch. 1961, 54); vom 30.3.1961 (GewArch. 1961, 62); OVG Koblenz vom 29.6.1957 (VRspr. 11, 613).

(5) Janssen, aaO, § 35 II 1.

(6) BVerwG v. 21.6.1955 (GewArch. 1955, 73).

(7) E des Pr. OVG v. 25.10.1915 (GewArch. 15, 466); E d. bay. VGH v. 27.6.1919 (GewArch. 19, 194).

d) Verschiedene Aspekte der Unzuverlässigkeit

i) Sittliche Unzuverlässigkeit ist gleichzusetzen mit moralischer Unzuverlässigkeit; d.h. Voraussetzung für die Führung eines Gewerbebetriebes ist eine integre Persönlichkeit. Maßgebend ist das ethische Werturteil, das nach dem Gesamtbild der Persönlichkeit des Gewerbetreibenden zu fällen ist. Überall, wo das Zuverlässigkeitserfordernis im Gesetz aufgestellt ist, werden von dem Gewerbetreibenden bestimmte moralische Wesenseigenschaften verlangt, insbesondere Charakterfestigkeit, sittlicher Halt, Sinn für kaufmännische Ehre und geschäftlicher Anstand (1). Hierher gehört auch, daß der Gewerbetreibende gesinnungsmäßig zu Störungen der Rechtsordnung neigt, aber auch, daß ihm der innere Halt fehlt, um Versuchungen zur Verletzung der Rechtsordnung zu widerstehen (2).

ii) Die berufliche Zuverlässigkeit ist gleichbedeutend mit beruflicher Eignung, welche das Vorhandensein von technischen Fertigkeiten, geistigen Fähigkeiten (3) und einer Berufsauffassung, die der spezifische Beruf erfordert, umfaßt. Hier liegen die Anforderungen für jedes Gewerbe naturgemäß in sehr verschiedener Richtung, und das Maß der gestellten Ansprüche kann sehr stark differieren. Mangelnde geistige Fähigkeiten brauchen nicht ohne weiteres einen Mangel in beruflicher Hinsicht bedeuten (4), hier kommt es auf das betriebene Gewerbe an; so wurde in der Rechtsprechung zu dem § 35 a.F. wiederholt Geistesschwäche für das Gewerbe der Rechtskonsulenten als Untersagungsgrund angesehen (5), während dies etwa für das Trödlergewerbe ohne Belang war.

Aber wenn auch Geisteskrankheit und Geistesschwäche nicht ohne weiteres die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden darzutun vermag, liegt der Fall an-

(1) E des bay. VGH v. 22.11.1935 (GewArch. 34, 16).

(2) OVG Koblenz v. 29.6.1957 (VRspr. 11, 615).

(3) E des Pr. OVG v. 7.1.1907 (GewArch. 7, 443): Untersagung der gewerbsmäßigen Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten wegen völliger Unfähigkeit des Beklagten, seinen Gedanken in Worten und Sätzen auch nur einigermaßen Ausdruck zu geben. Beschluß des BVerwG v. 9.11.1964 (GewArch. 1965, 101): Unzureichende Ausbildung und mangelhafte Fähigkeiten können die Annahme der Unzuverlässigkeit begründen.

(4) U des Pr. OVG (OVGE 72, 385).

(5) E des Pr. OVG v. 20.12.1917 (GewArch. 17, 479); E des Pr. OVG v. 18.4.1918 (GewArch. 17, 475) u. E d. Pr. OVG v. 7.1.1907 (GewArch. 7, 443), E d. Pr. OVG v. 28.9.16 (GewArch. 16, 392).

ders, wenn aus diesem Grunde die Entmündigung des Gewerbetreibenden ausgesprochen wurde; aus der gerichtlichen Feststellung, daß dem Betroffenen die Fähigkeit zur selbständigen Regelung seiner Angelegenheiten abgeht, wird sich für die übergroße Mehrzahl der Gewerbe auch die Unzuverlässigkeit in bezug auf deren Ausübung ergeben (1). Krankheit wird in den meisten Fällen als Tatsache angesehen werden können, welche die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden begründet (2). Verschulden spielt keine Rolle, rein objektiv genügt ein Verhalten, welches nach außen dokumentiert, daß es unverantwortlich wäre, die weitere Ausübung durch den Betreffenden zu tolerieren (3).

iii) In einzelnen Fällen kann eine Gefährdung der Allgemeinheit aus mangelnder wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit hergeleitet werden; dies gilt insbesondere in den Fällen, in denen wegen der Eigenart des betriebenen Gewerbes eine Gefährdung der in § 35 aufgezählten Schutzgüter zu erwarten ist, wenn das Gewerbe ohne ausreichende Mittel betrieben wird (4). So etwa bei dem Reisevermittlungsgewerbe, denn seit die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit als Zulassungsvoraussetzung aufgehoben wurde, besteht die Gefahr, daß dieser Beruf besonders anziehend für nicht qualifizierte Leute wird, die den Reise lustigen nur das Geld aus der Tasche ziehen wollen. Hierzu führt ein Urteil des OVG Hamburg (5) aus: "...Im Reisegewerbe, sowohl bei der eigentlichen Vermittlung wie aber auch bei der Veranstaltung von Reisen, verwaltet der Gewerbeunternehmer fremde Gelder. Die von ihm geworbenen Kunden leisten vor. Bei einem überschuldeten Reiseunternehmer sind die Kundengelder unmittelbar gefährdet. Ein Reiseunternehmer muß darüber hinaus über ausreichende Betriebsmittel verfügen, die ihn in die Lage versetzen, seine Kunden vor solchen Betriebspannen, wie sie sich bei den klägerischen Unternehmern häuften, abzusichern. Fehlen diese Betriebsmittel, oder ist er gar überschuldet, so ist der Unternehmer für das Reisegewerbe unzuverlässig."

Ähnliches gilt auch für die Wohnungs- und Zimmervermittler, wo die Kunden Vorauszahlungen zu leisten haben und so der Gewerbetreibende zweckgebunde-

-
- (1) E des Pr. OVG v. 31.1.1907 (GewArch. 6, 614); E d. Pr. OVG v. 28.6.34 (GewArch. 32, 203).
 - (2) Preuß. OVG v. 10.1.1929 (GewArch. 26, 544); OVG Münster v. 20.4.1955 (GewArch. 1956, 123).
 - (3) Janssen, aaO, § 35 II 2 b.
 - (4) Eyermann-Fröhler, aaO, § 35 RdNr.27.
 - (5) Urteil des OVG Hamburg v. 16.3.1962 (GewArch.1962, 221 (223)).

ne Gelder verwaltet, deren ordnungsgemäße Verwendung gesichert bleiben muß (1). Erfahrungsgemäß spielt auch im Baugewerbe finanzielle Leistungsfähigkeit und wirtschaftliche Geeignetheit eine große Rolle (2).

Der Besitz ausreichender Geldmittel, eine gesunde wirtschaftliche Grundlage ist für den Betrieb aller derjenigen Gewerbe notwendig, bei denen ein wirtschaftliches Interesse des Publikums oder der im Betrieb Beschäftigten zu schützen ist. Bei der Prüfung der wirtschaftlichen Voraussetzungen kommt es neben dem Besitz barer Geldmittel auf die Kreditwürdigkeit und im gewissen Rahmen auf die bisherigen geschäftlichen Erfolge des Gewerbetreibenden an (3). Aus der Art und Weise, wie sich ein Gewerbetreibender im geschäftlichen Leben bewegt, aus seiner Neigung zur Eingehung leichtfertiger Verpflichtungen oder mangelnder Eignung seine finanziellen Angelegenheiten zu ordnen, können dann wiederum Schlüsse auf die gesamte Persönlichkeit des Gewerbetreibenden, auf seine charakterlichen und moralischen Qualitäten gezogen werden (4). Entscheidend sind hierfür jeweils die gegebenen Verhältnisse, z.B. muß aus der Tatsache des Konkurses eines Bauunternehmers nicht unbedingt auf dessen Unzuverlässigkeit in bezug auf diesen Gewerbebetrieb geschlossen werden (5).

Überschuldung führt dann zur Unzuverlässigkeit, wenn die Schulden verglichen mit dem Ausmaß an gewerblicher Tätigkeit eine solche Höhe erreichen, daß sich hieraus das Unvermögen des Gewerbetreibenden, einen Geschäftsbetrieb ordnungsgemäß zu führen, ergibt (6).

iv) Mangelnde Sachkunde kann - braucht aber kein Unzuverlässigkeitsgrund zu sein, hier ist entscheidend, ob der Gewerbetreibende zur ordnungsgemäßen Ausübung des konkret betriebenen Gewerbes im Besitz bestimmter Fach-

(1) Eyermann-Fröhler, aaO, § 35 RdNr.27.

(2) OVG Münster vom 22.1.1958 (GewArch. 1959, 34); BVerwG v. 29.4.1958 (DÖV 1958, 548).

(3) E des bay. VGH v. 16.4.1935 (GewArch. 34, 38); E des Pr. OVG v. 23.6.1938 (GewArch. 35, 451); E d. bay. VGH v. 4.5.1917 in Gew.-Arch. 17, 349; E d. Pr. OVG v. 26.2.1914 in GewArch. 14, 443.

(4) U des BVerwG v. 21. 6. 1955 (GewArch. 1955, 73).

(5) E des Pr. OVG v. 4.10.1917 (GewArch. 17, 341).

(6) U des VG Stuttgart v. 2.4.1963 (GewArch. 1963, 272).

kenntnisse sein muß (1). Das Oberverwaltungsgericht Koblenz (2) verneint die Fähigkeit zur Gewerbeausübung, wenn dem Gewerbetreibenden jede praktische Erfahrung im Wirtschaftsleben überhaupt fehle und sich daraus im Zusammenhang mit bestimmten Charakter- und Wesenseigenschaften seine Unzuverlässigkeit in bezug auf den Gewerbebetrieb ergebe. Zwar könne im Anwendungsbereich des § 35 ein Nachweis der Sachkunde nach Art eines Befähigungsnachweises auf dem Umweg über die Zuverlässigkeitsprüfung nicht mit dem Ziele verlangt werden, daß schlechthin jeder als unzuverlässig zu gelten habe, der nicht Fachmann sei, oder einer besonderen Fachprüfung nicht genüge; das schließe jedoch nicht aus, daß im Einzelfall in dem Umstand, daß ein Gewerbetreibender nach seiner bisherigen Tätigkeit für die Ausübung des Gewerbes unfähig sei, weil ihm auf Grund seines beruflichen Werdegangs der Sinn für die besondere Verantwortlichkeit des betreffenden Gewerbes abgehe, eine Tatsache im Sinne des § 35 GewO gesehen werden könne, aus der im Zusammenhang mit anderen Umständen, insbesondere mit bestimmten Charakter- und Wesenseigenschaften, der Mangel der Zuverlässigkeit gefolgert werden könne.

Besondere Bedeutung gewinnt der Mangel an Sachkunde als Unterfall der Unzuverlässigkeit für das Gesetz über die Berufsausübung im Einzelhandel, denn hier ist die besondere Sachkunde als Befähigungsvoraussetzung zum Zwecke der allgemeinen Gefahrenabwehr eingeführt. Da im Hinblick auf die zu schaffende Untersagungsklausel des § 35 auf eine Widerrufs- oder Untersagungsregelung im Einzelhandelsgesetz verzichtet wurde, muß jetzt der Mangel an Sachkenntnissen zur Untersagung des Geschäftsbetriebes wegen Unzuverlässigkeit führen, wenn Sachkunde weniger aus "wirtschafts-, sozial- und berufspolitischen Gründen" - wie im Handwerksrecht - als aus Gründen der unmittelbaren Gefahrenabwehr (3) verlangt wird.

Gegenüber Handwerkern ist im allgemeinen eine Untersagung, die sich auf mangelnde Sachkunde allein stützt, wegen der Sondervorschrift des § 35 a GewO ausgeschlossen (4). Nach dieser Vorschrift kann ein Mangel an theoretischer und praktischer Vorbildung als eine Tatsache im Sinne des § 35 Abs. 1 GewO nicht gegenüber Bauunternehmern und Bauleitern geltend gemacht wer-

(1) Eyermann-Fröhler, aaO, § 35 RdNr. 31.

(2) OVG Koblenz v. 29. 6. 1957 (GewArch. 1958, 222). Siehe hierzu auch: Kienzle, Zur Auslegung des § 35 GewO (GewArch. 1965, 97).

(3) Eyermann-Fröhler, aaO, RdNr. 30.

(4) Fröhler, Die Bedeutung des § 35 n.F. GewO für das Handwerk (GewArch. 1964, S. 49/51).

den, wenn sie die Meisterprüfung im Maurer-, Zimmerer- oder Steinmetzhandwerk bestanden haben, sowie gegen Personen, die einzelne Zweige des Baugewerbes betreiben, wenn sie die Meisterprüfung in dem von ihnen ausgeübten Gewerbe bestanden haben.

§ 35 a ist, obwohl er nur die Baugewerbe privilegiert, auf alle anderen Handwerksmeister analog anzuwenden. Als § 35 a GewO durch das Gesetz vom 7.1.1907 in die Gewerbeordnung aufgenommen wurde, bestand die Möglichkeit, die weitere Ausübung des Gewerbes wegen Unzuverlässigkeit zu untersagen nur gegenüber Baugewerbetreibenden, § 35 Abs.5 a.F. GewO. Als durch das Änderungsgesetz zur Gewerbeordnung vom 5.2.1960 die "Generalklausel" an die Stelle der Enumerativvorschrift des § 35 a.F. trat, hat der Gesetzgeber es unterlassen, den § 35 a der neuen Situation anzupassen. Die anderen Handwerker dürfen nicht sachwidrig schlechter gestellt werden als die Angehörigen des Baugewerbes, sonst müßte hierin ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz des Art.3 GG gesehen werden; eine Gleichstellung dadurch, daß man die Privilegierung des § 35 a für das Baugewerbe als unanwendbar betrachtet, ist vom Gesetzgeber offensichtlich nicht gewollt (1). Fröhler hebt jedoch hervor (2), daß eine Untersagung wegen mangelnder Sachkunde gegenüber Handwerkern, die nach § 112 HO ihre Berechtigung zur selbständigen Ausübung ihres Handwerks allein aus dem Umstand herleiten, daß sie am Tage des Inkrafttretens der Handwerksordnung auf Grund der Gewerbefreiheit selbständig handwerklich tätig waren, möglich ist, da diese Personen ihre Berechtigung zur Ausübung ihres Handwerks nicht aus einem Nachweis ihrer fachlichen Kenntnisse und Fertigkeiten herleiten.

Bei geprüften Handwerkern kann das Fehlen der Sachkunde allerdings ein Indiz für mangelndes Verantwortungsbewußtsein, also für einen Charaktermangel sein, welcher bei Gefährdung der in § 35 Abs.1 genannten Rechtsgüter eine Untersagung aus Gründen der Unzuverlässigkeit zur Folge haben kann; hier ist die mangelnde Sachkunde dann mittelbar Untersagungsgrund.

v) Zahlreiche Entscheidungen befassen sich mit der Frage, ob das Nichtabführen von Sozialversicherungsbeiträgen eine Tatsache darstellt, welche die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden im Sinne von § 35 begründet. Bereits das Preußische Oberverwaltungsgericht hat in einem Urteil vom 7.6.

(1) Fröhler, aaO, S.52.

(2) Fröhler, aaO, S.52.

1909 (1) entschieden, bei einem Bauunternehmer könne der Umstand, daß er die Unfallversicherungsbeiträge für die von ihm beschäftigten Arbeiter fortgesetzt nicht zahle, bei der Entscheidung über seine Unzuverlässigkeit mitgewertet werden.

Diese Rechtsprechung wurde kontinuierlich fortgesetzt (2). Das Bundesverwaltungsgericht und andere Verwaltungsgerichte haben wiederholt festgestellt, daß das Nichtabführen von Sozialversicherungsbeiträgen ein die Gewerbeuntersagung tragender Grund sei (3), weil es einen bedenklichen Mangel an sozialem Verantwortungsbewußtsein nicht nur gegenüber den Arbeitnehmern, sondern auch gegenüber der Allgemeinheit darstelle. War eine Anordnung nach § 765 RVO (oder eine Maßnahme nach § 398 RVO) wirkungslos, würde die weitere Ausübung des Gewerbes eine Gefährdung des Vermögens anderer, insbesondere der Versicherungsträger (auch der Arbeitnehmer wegen Beweisschwierigkeiten bei der Rentenversicherung und Erschwerung der Anspruchsverfolgung) mit sich bringen, der nur durch eine Untersagung begegnet werden könne (4).

Daß Verfehlungen in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht auch auf Grund des durch das 4. Bundesgesetz zur Änderung der Gewerbeordnung geänderten § 35 einen Untersagungsgrund bilden, bestätigt ausdrücklich das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 20.11.1962 (5):

"...Das Berufungsgericht hat auch zutreffend festgestellt, daß die weitere Ausübung des Gewerbebetriebes durch den Beklagten eine Gefährdung des Vermögens anderer mit sich bringt. Als 'andere' hat das Berufungsgericht die Sozialversicherungsträger angesehen. Dem ist beizustimmen. Es ist nicht anzunehmen, daß die neue Fassung des § 35 der Gewerbeordnung in der Beurteilung der Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen von der bisherigen Rechtsprechung zu § 35 der GewO abweichen will. Die Einbeziehung der Sozialversicherungsbehörden in den Kreis der gefährdeten Vermögensträger entspricht

(1) OVG 54, 380.

(2) E des Pr. OVG v. 23.6.1938 (GewArch.35, 451); E des bay.VGH v. 11.11.1932 (GewArch. 31,45); U d.BVerwG v.8.1.1955 (GewArch. 55/56, 22).

(3) BVerwG v. 29.4.1958 (GewArch.1957/58, 258); v. 18.8.1960 (GewArch. 1961, 7); v. 3.11.1961 (GewArch.1962, 102); OVG Münster v.22.1.1958 (GewArch.1959, 34); Hess.VGH v.3.2.1960 (GewArch.1960, 283); OVG Münster v.5.2.1960 (OVGE 16,197/205); OVG Lüneburg v.22.5.1962 (GewArch.1962, 269).

(4) VGH Berlin v.18.10.1961 (GewArch.1962, 83).

(5) Urteil d. BVerwG v. 20.11.1962 (GewArch.1963, 131).

auch der Rechtsprechung des RG und des BGH, nach der die Bestimmungen der Sozialversicherungsgesetze über die Pflicht zur Ablieferung einbehaltener Arbeitnehmerbeiträge Schutzgesetze zu Gunsten der Versicherungsträger sind."

Nach der Auffassung des Verwaltungsgerichtes Braunschweig (1) kann in diesen Fällen die Untersagung auf das Verbot begrenzt werden, Arbeitnehmer zu beschäftigen. M.E. berücksichtigt diese Entscheidung vorbildlich den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

vi) In der Rechtsprechung wird weitgehend die Auffassung vertreten, daß die böswillige und nachhaltige Nichtentrichtung der beim Betrieb des Gewerbes entstandenen öffentlichen Abgaben einen Unzuverlässigkeitsgrund darstelle, der eine Gewerbeuntersagung rechtfertigt.

Bedenken gegen eine Gewerbeuntersagung auf Grund von § 35 bei Vorliegen von Steuerverfehlungen können sich aus der Tatsache ergeben, daß die Reichsabgabenordnung selbst eine detaillierte Regelung darüber enthält, wann ein Gewerbebetrieb wegen steuerlicher Unzuverlässigkeit zu untersagen ist, § 198 AO.

Es wäre daran zu denken, daß sich die Vorschrift des § 198 AO als eine Sonderregelung im Sinne von § 35 Abs.8 darstellt. Abgesehen davon, daß es sich bei § 198 AO nicht um eine Vorschrift handelt, die für einzelne Gewerbe gilt (2), betont § 35 Abs.8 S.2, daß die Zulässigkeit der gewerberechtlichen Untersagung nicht durch Vorschriften tangiert wird, die eine Gewerbeuntersagung oder Betriebsschließung durch strafgerichtliches Urteil vorsehen; z.B. § 42 I StGB, § 14 LebensmittelG (3). Hierzu muß aber auch § 198 AO gerechnet werden, der nach Rechtskraft des zweiten oder eines späteren Straferkenntnisses, das eine Verurteilung des Gewerbetreibenden zum Gegenstand hat, eine Betriebsuntersagung oder -schließung vorsieht (4).

Wenn § 198 AO zwar nun keine Sonderregelung gegenüber § 35 GewO ist, so bleibt dennoch die Frage, inwieweit steuerliche Unzuverlässigkeit Untersagungsgrund im Sinne von § 35 GewO sein kann. Zahlreiche Entscheidungen haben zu dieser Frage Stellung genommen und eine Untersagung wegen Steuerverfehlungen bejaht, da diese nicht nur die Allgemeinheit, sondern auch

(1) Urteil v. 19.10.1961 (BB 62, 540).

(2) Fuhr, aaO, § 35 Anm.12; Eyermann-Fröhler, aaO, § 35 RdNr.133.

(3) Siehe Verh.d.Dtsch.Bundestages, 3. Wahlper., Drucks.Nr.318, S.19.

(4) Eyermann-Fröhler, aaO, § 35 RdNr.53.

einen "anderen", d.h. hier den Staat als Fiskus beeinträchtigen (1). Allerdings wird meist einschränkend hinzugefügt, daß zu der Tatsache - etwa mit Steuerschulden rückständig zu sein - noch weitere Umstände hinzutreten müssen, damit Unzuverlässigkeit im Sinne von § 35 angenommen werden kann; entscheidend sei das bei der Entstehung und Behandlung der Steuerrückstände gezeigte Verhalten, das darauf schließen lasse, daß dem Gewerbetreibenden der für die Ausübung seines Gewerbes erforderliche Wille fehle, seine öffentlichen Berufspflichten zu erfüllen (2), oder welches seine Böswilligkeit zeige (3).

Heftige Kritik übt Förg in "Steuerliche Zuverlässigkeit als Voraussetzung für die Gewerbeausübung" (4), im Anschluß an ein Urteil des Stuttgarter VGH vom 25.11.1955 (5). Die eingehende materielle und verfahrensmäßige Regelung, die die Gewerbeuntersagung wegen steuerlicher Unzuverlässigkeit in der Abgabenordnung gefunden habe, zwingt zu der Folgerung, daß der Gesetzgeber, dem die Gesetzeskompetenz im Steuerrecht und Gewerberecht gleichermaßen zukommt, diese Materie im Steuerrecht abschließend habe regeln wollen. Das bedeute aber, daß die spezielle Vorschrift der AO gegenüber dem allgemeinen Grundsatz in der Gewerbeordnung als *lex specialis* anzusehen sei. § 198 AO enthalte materiell die Mindestvoraussetzungen, die nach Ansicht des Gesetzgebers eine Untersagung wegen steuerlicher Unzuverlässigkeit rechtfertigen würden. Folgerungen, die nach dem Steuerrecht nicht genügen, dürften nicht auf dem Umwege der gewerberechtlichen Untersagungsklausel gerechtfertigt werden.

- (1) Nach Janssen, aaO, § 35 III 4 c ist § 198 AO *lex specialis* gegenüber § 35, da § 198 an strengere Voraussetzungen anknüpfe; eine Gewerbeuntersagung nach § 35 wegen steuerlicher Unzuverlässigkeit bedeute ferner einen Verstoß gegen Art. 3 GG. Den Bedenken Janssens ist zuzustimmen, die gesetzliche Regelung bedürfte einer Änderung.
- (2) Urteil des OVG Münster v. 1.2.1961 (GewArch. 1961, 94).
- (3) Urteil des Pr. OVG v. 3.12.1936 in ZAkDR 37, 219.
- (4) GewArch. 1957/58, S. 75.
- (5) Urteil des VGH Stuttgart v. 25.11.1955 (GewArch. 1956, 160): "Steuer- und Abgabenschulden sind für sich alleine noch keine Tatsachen, die die Annahme der Unzuverlässigkeit rechtfertigen. Unzuverlässigkeit könne jedoch vorliegen, wenn der Gewerbetreibende die Steuer- und Abgabenschulden vorsätzlich unter Vernachlässigung seiner öffentlichen Pflichten herbeigeführt hat."

Die Sicherung der Erfüllung von Steuerverpflichtungen komme in erster Linie, wenn nicht ausschließlich, den Steuerbehörden zu. Die Gewerbebehörden seien hierzu mindestens so lange nicht berufen, als die Steuerbehörden nicht zur Gewerbeuntersagung schreiten können oder wollen.

Ferner weist Förg darauf hin, daß im Gewerberecht die Zuverlässigkeit immer in bezug auf ein bestimmtes Gewerbe zu verstehen sei, die Verletzung allgemeiner Steuerpflichten jedoch Verletzung allgemeiner Staatsbürgerpflichten sei; daraus sei bei steuerrechtlichen Verfehlungen Unzuverlässigkeit für jedwelche Art der selbständigen Gewerbeausübung zu folgern.

Diesen letzten Ausführungen ist entgegenzuhalten, daß nicht nur die für ein bestimmtes Gewerbe typischen Delikte die Unzuverlässigkeit für dieses Gewerbe begründen (1), sondern jedes Verhalten zu einer Gewerbeuntersagung wegen Unzuverlässigkeit führen kann, soweit es sich in bezug auf einen konkreten Betrieb nachteilig auswirkt.

Auch wird man § 198 AO gegenüber § 35 GewO nicht als *lex specialis* ansehen können, beide Vorschriften gehören einer anderen Rechtssphäre an.

Das BVerwG (2) weist unter Bestätigung der Ansicht des OVG Münster (3) darauf hin, daß die Betriebsuntersagung gemäß § 198 AO als eine dem Abgaberecht angehörende und dem Schutz fiskalischer Belange dienende Maßnahme der Steueraufsicht ganz andere Ziele verfolge als die in zahlreichen gewerberechtlichen Vorschriften vorgesehene Möglichkeit, unlautere Personen zum Schutze der Allgemeinheit von der Ausübung bestimmter Gewerbe fernzuhalten oder auszuschließen. Aus dieser verschiedenartigen Zielsetzung folge, daß die mit der Gewerbeaufsicht betrauten Behörden nicht an die in der abgabenrechtlichen Sondervorschrift des § 198 AO festgelegten Voraussetzungen gebunden seien.

Zuzustimmen ist Förg jedoch insoweit, daß eine zu weitgehende Auslegung des Begriffes der steuerlichen Unzuverlässigkeit zu einer unabsehbaren Anzahl von Gewerbeuntersagungen führen würde, verbunden mit einem unangemessen hohen Verwaltungsaufwand, zumal die Wiederaufnahme des Gewerbebetriebs je nach der Zeit, in der sich der Gewerbetreibende seinen Verpflichtungen nachzukommen bequemt - was meist in seinem eigenen Interesse sehr rasch der Fall sein wird -, gestattet werden müßte, da nach dem Wegfall

(1) Fuhr, aaO, § 35 Anm.8.

(2) BVerwG VII, B 29, 61.

(3) Urteil des OVG Münster v. 9.7.1958 in GewArch.1960, 236.

der die Unzuverlässigkeit dartuenden Tatsachen - hier steuerrechtliche Verfehlungen - und der damit entfallenden Gefährdung der Betroffene gemäß § 35 Abs. 6 einen Rechtsanspruch auf Wiedergestattung hat.

Das bloße Unterlassen von Steuerzahlungen, etwa infolge der wirtschaftlichen Lage, kann daher keine Gewerbeuntersagung tragen (1), doch können Steuerrückstände in besonderen Fällen, insbesondere durch die Art und Weise der Begehung, die Gewerbeuntersagung rechtfertigen (2).

Festzuhalten ist, daß die bestehende Regelung, beziehungsweise das nicht geregelte Verhältnis von § 35 GewO zu § 198 AO im Falle der Steuerhinterziehung geeignet ist, divergierende Entscheidungen herbeizuführen, und eine Vorschrift ähnlich der des § 35 Absatz 3, die in bezug auf das Verhältnis von § 35 zu § 42 I StGB die Prerogative der strafrichterlichen Untersagungsverfügung statuiert, zur Klarheit beitragen würde.

Soweit wegen anderweitigen steuerrechtlichen Verfehlungen - etwa hartnäckige Steuersäumnis - Unzuverlässigkeit im Sinne von § 35 bejaht werden soll, muß stets im Hinblick auf die Schwere des Eingriffs, die oft existenzvernichtende Wirkung der Gewerbeuntersagung berücksichtigt werden, daß nur in durch die Art der Begehung als außerordentlich schwerwiegend gekennzeichneten Fällen eine auf Grund steuerlicher Unzuverlässigkeit ausgesprochene Gewerbeuntersagung Platz greifen darf. Zu Recht wehren sich in praxi die mit der Gewerbeuntersagung gemäß § 35 GewO betrauten höheren Verwaltungsbehörden dagegen, zu "Hilfsorganen der Finanzämter" zu werden.

vii) Politische Unzuverlässigkeit

In der nationalsozialistischen Zeit fand man in dem Begriff der "Unzuverlässigkeit" eine bequeme Handhabe, politisch unerwünschte Personen im gewerblichen Sektor auszuschalten. Vielfach wurde politische Zuverlässigkeit als Voraussetzung zum Betrieb eines Gewerbes verlangt oder aus Gründen politischer Unzuverlässigkeit untersagt; z.B.

§ 2 I Ziff. 2 Erste MGAV vom 17.2.1940 (RGBI. I, S. 371),

§ 2 KrankenpflegeVO vom 28.9.1938 (RGBI. I, S. 1310).

Nach der heutigen Rechtsprechung stellt politische Überzeugung eines Gewerbetreibenden keinen Grund für die Unzuverlässigkeit im Berufsleben dar (3).

(1) Urteil d. Pr. OVG v. 3.12.1936 (OVG 99, 187).

(2) OVG Münster v. 9.7.58 (GewArch. 1960, 236).

(3) Tuchtfeldt, aaO, S. 121.

Politische Überzeugung als solche und das bloße Bekenntnis zu ihr können nicht Grund für die Feststellung der Unzuverlässigkeit in bezug auf einen Gewerbebetrieb sein (Urteil des OVG Münster vom 14.12.1950) (1).

Im Zusammenhang mit diesem Urteil ist Über (2) beizupflichten, der darauf aufmerksam macht, daß die sich an das Urteil anschließenden Ausführungen Anlaß zu Mißverständnissen geben könnten; denn dort heißt es, "daß dennoch bei der Zuverlässigkeitsprüfung Handlungen, die als Gefährdung der verfassungsmäßigen Ordnung im Sinne von Art.2 GG anzusprechen sind", zu berücksichtigen seien. Das würde jedoch nach Über - und ihm ist hier zuzustimmen - bedeuten, daß den Zulassungsbehörden eine Strafgewalt zugebilligt würde, die ihnen in dieser Form nicht zustehe. Die Ausführungen des OVG seien um so bedenklicher, als Handlungen, die gegen die verfassungsmäßige Ordnung verstießen, immer strafrechtlich erfaßt würden.

viii) Konfessionelle Unzuverlässigkeit

Ebensowenig wie Unzuverlässigkeit aus politischen Gründen kann die konfessionelle Einstellung eine Rolle für die Ausübung eines Gewerbes spielen und eine Untersagung des Gewerbebetriebes rechtfertigen. Im übrigen würde eine derartige Behandlung bereits einen Verstoß gegen das im Grundgesetz garantierte Grundrecht der Glaubensfreiheit, Art.4 Abs.1 und 2 GG, darstellen.

ix) Unzuverlässigkeit aus Gründen der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Rasse?

Anlaß zu Gewerbeuntersagungen aus Gründen der Unzuverlässigkeit fand man auch bisweilen in der rassischen Zugehörigkeit eines Gewerbetreibenden. Gemeint war damit in der nationalsozialistischen Zeit die Zugehörigkeit zur jüdischen Rasse. Allerdings vermied man meist, dies kraß auszusprechen, es wurde vielmehr in verschleielter Form gesagt, wofür die folgende Entscheidung charakteristisch ist (3):

"Wenn auch die Zugehörigkeit eines Gewerbetreibenden zur jüdischen Rasse für sich alleine kein Grund für die Annahme seiner gewerbepolizeilichen Unzuverlässigkeit bildet, so kann doch die Tatsache, daß der Jude nach seinem Verhalten den Anschauungen fremd gegenüber steht, die für einen ehrbaren

(1) Über, aaO, S.219.

(2) Über, aaO, S.219.

(3) DVBl.1937, 350; ferner bay. VGH v. 17.4.1936 (GewArch.34, 463).

deutschen Kaufmann die Grundlage seines geschäftlichen Handelns bilden müssen, eine Wesenseigenschaft bekunden, die ein gewerbepolizeiliches Einschreiten nach § 35 rechtfertigt."

x) Die Unzuverlässigkeit dritter Personen

Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 16.10.1959 (1) wiederholt, was in Rechtsprechung (2) und Lehre zu einem feststehenden Grundsatz geworden ist, nämlich, daß "die Zuverlässigkeit eines Gewerbetreibenden, gegen dessen eigene Lauterkeit sonst nichts einzuwenden ist, auch dann verneint werden muß, wenn er Dritten, welche die für den Beruf erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzen, einen Einfluß auf die Führung des Betriebes einräumt oder nur nicht willens oder nicht in der Lage ist, einen solchen Einfluß auszuschalten." Nicht nur die eigene Unzuverlässigkeit kann also die Untersagung des Gewerbebetriebes zur Folge haben, sondern unter gewissen Voraussetzungen kann sich die Unzuverlässigkeit Dritter, im Betrieb Beschäftigter, genauer gesagt, die Tatsache, daß der Betriebsinhaber trotz der bekannten Unzuverlässigkeit dem Dritten einen Einfluß auf den Betrieb einräumt oder dessen Einflußnahme nicht verhindert (3), auf die persönliche Zuverlässigkeit des Gewerbetreibenden auswirken.

Die meisten Fälle der Beeinflussung durch unzuverlässige Dritte treten bei der Beschäftigung von Familienangehörigen und Ehegatten auf. Grundsatz ist die wechselseitige Wirkung von gegen Eheleute vorliegenden Tatsachen; allerdings muß im Einzelfall geprüft werden, ob die Umstände eine tatsächliche Einflußnahme des einen Ehegatten auf den Betrieb des anderen Ehegatten annehmen lassen (4).

Verschulden ist auch hier für die Annahme der Unzuverlässigkeit nicht Voraussetzung; ein Ehegatte, der persönlich integer ist, kann trotzdem als im Sinne von § 35 unzuverlässig angesehen werden, wenn er sich dem anderen Ehegatten gegenüber nicht durchzusetzen vermag, um dessen schädlichen Einfluß auszuschalten.

(1) GewArch. 1962, 154.

(2) E d. Pr.OVG v. 21.3.1904 (GewArch. 3, 590); v. 3.12.1906 (GewArch. 6, 427); v. 11.7.1910 (GewArch. 10, 429); v. 10.6.1912 (GewArch. 12, 279); v. 10.6.1915 (GewArch. 15, 286); v. 8.2.1916 (GewArch. 16, 396); v. 26.4.1928 (GewArch. 26, 43).

(3) Siehe auch Urteil des Bay. VGH v. 20.2.64 (GewArch. 1965, 76); Jansen, aaO, § 35 II 2 f.).

(4) E des bay. VGH v. 20.2.1914 (GewArch. 14, 84).

Dabei darf nicht verkannt werden, daß die eheliche Verbundenheit eine derartige Einflußnahme begünstigt und daß viele Gewerbe dadurch gekennzeichnet sind, daß Mann und Frau in ihnen geschäftlich Seite an Seite tätig sind. So vor allem in Kleinhandelsgeschäften aller Art. Hieran ändert sich auch nichts durch eine Scheidung, sofern die Einflußnahme des unzuverlässigen Ehegatten bestehen bleibt.

Eine Teiluntersagung, wonach dem Gewerbetreibenden auferlegt wird, den unzuverlässigen Ehegatten aus dem Geschäftsbetrieb auszuschalten, wird meist wenig Erfolg haben, da die Entfernung des unzuverlässigen Ehegatten aus dem Geschäftsbetrieb in einer Vielzahl von Fällen praktisch gar nicht durchführbar sein wird.

Von diesen Fällen ist zu unterscheiden, daß der unzuverlässige Ehegatte den Betrieb - nur um eine ihm drohende Gewerbeuntersagung abzuwenden - zum Schein auf den anderen Ehegatten überträgt. Hier ist die Gewerbeuntersagung trotzdem gegen den übertragenden, unzuverlässigen Ehegatten zu richten, da es sich eben nur um ein Scheingeschäft handelt (1).

Sollte der Betrieb jedoch wirklich auf den anderen Ehegatten übertragen werden, so ist wiederum zu prüfen, ob dieser in der Lage ist, den schädlichen Einfluß des unzuverlässigen Ehegatten abzuwehren.

xi) Die Unzuverlässigkeit beim Betrieb eines Gewerbes in der Form von juristischer Person und Personalgesellschaft

Ebenfalls von der Untersagungsmöglichkeit können juristische Personen betroffen werden. Bei der juristischen Person treten hinsichtlich der Beurteilung der Unzuverlässigkeit an die Stelle der Person des Gewerbetreibenden die gesetzlichen Vertreter, z.B. Mitglied des Vorstands oder Geschäftsführer, soweit die Unzuverlässigkeit aus dem Verhalten oder aus Eigenschaften natürlicher Personen hergeleitet wird.

Die juristische Person kann in einem solchen Fall der Untersagung dadurch entgehen, daß sie sich von der betreffenden Person trennt (2). Ob eine teilweise Untersagung, gerichtet auf den Ausschluß der unzuverlässigen Person von der Vertretungsbefugnis, zur Beseitigung der Gefährdung ausreichend ist, oder ob eine Untersagung des ganzen Gewerbebetriebs erforderlich ist, ist von

(1) Eyermann-Fröhler, aaO, § 35 RdNr.44.

(2) Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 57.Bd., 3.Wahlper., Drucks. Nr.318, S.18.

Fall zu Fall zu entscheiden. Bei dieser Entscheidung ist stets auf die Beteiligungsverhältnisse an der juristischen Person zu achten (1). Offen bleibt jedenfalls die Möglichkeit der Fortführung durch einen Stellvertreter.

Untersagt werden kann auch die juristische Person als solche, denn die Unzuverlässigkeit ist nicht auf menschliches Verhalten beschränkt, sie kann auch aus gefährlichen Organisationsmängeln oder aus dem Fehlen des erforderlichen Betriebskapitals hergeleitet werden (2).

Bei Personalgesellschaften und beim nicht rechtfähigen Verein muß für die Untersagung auf die Unzuverlässigkeit der einzelnen Gesellschafter abgestellt werden. Die Untersagung ist nur gegenüber dem einzelnen unzuverlässigen Gesellschafter möglich. Die Folge ist, daß die Gesellschaft den Betrieb nur fortführen darf, wenn sie sich von dem unzuverlässigen Gesellschafter trennt, denn die Unzuverlässigkeit des einzelnen Gesellschafters wirkt über das gesamthänderische Verhältnis derart auf die anderen Gesellschafter, daß diese das Gewerbe nicht mehr in Gemeinschaft mit dem unzuverlässigen Gesellschafter ausüben dürfen (3). Das Ausscheiden des unzuverlässigen Gesellschafters richtet sich nach Gesellschaftsrecht bzw. dem Gesellschaftsvertrag.

§ 2 Die Rechtsgütergefährdung, § 35 Abs.1 S.1

Zu den Voraussetzungen für eine Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs.1 S.1 gehört eine durch die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden bedingte Gefährdung einzeln benannter Rechtsgüter; zwischen unzuverlässiger Gewerbeausübung und Gefährdung dieser Schutzgüter muß also eine Kausalität bestehen.

Im Entwurf zu der Novelle zur Gewerbeordnung von 1953 (4) war zunächst zu der persönlichen Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden die Gefährdung der Allgemeinheit hinzugetreten; bereits nach der bisherigen Rechtsprechung konnte jedoch eine Gewerbeuntersagung nur ausgesprochen werden, wenn sich die

(1) Eyermann-Fröhler, aaO, § 35 RdNr.47.

(2) Urteil des BVerwG v. 27.6.1961 (GewArch.1961, 166); Janssen, aaO, § 35 II 2 c).

(3) Eyermann-Fröhler, aaO, RdNr.48.

(4) Verh. des Deutschen Bundestages, 1. Wahlperiode, 22.Bd., Drucks.4170, S.13.

Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden auf die Allgemeinheit auswirkte. Der Regierungsentwurf (1) stellte auf die Gefährdung der Allgemeinheit, der öffentlichen Sicherheit und Ordnung oder der im Betrieb Beschäftigten ab. Der Bundestag dagegen nahm eine Konkretisierung auf die in § 35 Abs.1 S.1 genannten zentralen Rechtsgüter vor und war der Ansicht, in den Fällen der Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung müßten die weniger einschneidenden Maßnahmen des Verwaltungsrechts angewendet werden, um Abhilfe zu schaffen.

In § 35 Abs.1 S.1 werden zwei Gruppen von Gütern unterschieden (2): bezüglich der Allgemeinheit und der im Betrieb Beschäftigten: Leben, Gesundheit, Freiheit und Sittlichkeit; bezüglich einzelner: Gefährdung des Eigentums oder des Vermögens.

Eyermann-Fröhler (3) ist zuzustimmen, wenn sie die alternative Gegenüberstellung der Schutzgüter "nicht als gerade glücklich" bezeichnen. Ihrer Argumentation (4) ist zu folgen: die gesetzliche Formulierung ist geeignet, den Eindruck entstehen zu lassen, als seien beim Schutzobjekt Allgemeinheit und Beschäftigte nur eine Gefährdung des Lebens, der Freiheit, der Gesundheit und der Sittlichkeit zu berücksichtigen; daß aber auch hier eine Gefährdung des Eigentums und des Vermögens relevant ist, ergibt sich daraus, daß im Betrieb Beschäftigte auch "andere" im Sinne dieser Vorschrift sind. Eine Gewerbeuntersagung ist also dann auszusprechen, wenn das Eigentum oder das Vermögen der Beschäftigten, etwa durch Nichtabführen der Sozialversicherungsbeiträge gefährdet ist.

Auf der anderen Seite hat eine Untersagung auch dann zu erfolgen, wenn das Leben bestimmter "anderer" als der im Betrieb Beschäftigten gefährdet ist. "Denn es ist schlechterdings nicht einzusehen, warum die Gefahr für das Eigentum eines einzelnen höher gewertet werden sollte als die Gefährdung seines Lebens. Der Sinn dieser antithetischen Formulierung kann demnach nur darin liegen, daß die Gefährdung des Eigentums oder des Vermögens der Allgemeinheit als solcher, also in dem Sinn einer abstrakten Vielheit von einzelnen, nicht ausreiche, um eine Untersagung zu rechtfertigen." (5)

(1) Verh. des Deutschen Bundestages, 3. Wahlperiode, 64. Bd., Drucks. zu 1304, S.4.

(2) Eyermann-Fröhler, aaO, § 35 RdNr.52.

(3) Eyermann-Fröhler, aaO, § 35 RdNr.53.

(4) Eyermann-Fröhler, aaO, § 35 RdNr.53.

(5) Eyermann-Fröhler, aaO, § 35 RdNr.53.

Der Begriff der Freiheit betrifft nur die körperliche Freiheit, d.h. die Freiheit i.S. der §§ 234 ff. StGB (1); Sittlichkeit wird im Sinne der §§ 173 ff. StGB verstanden (2).

Eine Gefährdung des Eigentums oder Vermögens wird insbesondere aus der Neigung des Gewerbetreibenden zu einschlägigen strafbaren Handlungen (Betrug, Untreue, Unterschlagung) resultieren, kann aber auch aus Zuwiderhandlungen gegen das UWG gefolgert werden (3).

Die in § 35 Abs. 1 S. 1 enthaltene Beschränkung der Untersagung auf die dort genannten Rechtsgüter hat letztlich die Bedeutung, daß die Verletzung der gewerbepolizeilichen Ordnungsvorschriften für sich allein keine Gewerbeuntersagung rechtfertigt, sondern stets die Gefährdung der aufgezählten Rechtsgüter hinzutreten muß (4).

§ 3 Die Erforderlichkeit und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Liegen die Voraussetzungen des § 35 Abs. 1 GewO vor, ist die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden in bezug auf den Gewerbebetrieb dargetan und ist hierdurch eines der aufgezählten Schutzgüter gefährdet, so soll die Behörde den Betrieb nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers nur dann untersagen können, wenn der Gefährdung auf keine andere Weise begegnet werden kann; die Gewerbeuntersagung als schwerwiegender Eingriff in die wirtschaftliche Existenz eines Gewerbetreibenden soll ultima ratio sein. Hier kommt das Prinzip des geringstmöglichen Eingriffs zum Ausdruck (5).

Bei der Formulierung: "Die Gewerbeuntersagung ist nur zulässig, sofern ... diesen Gefährdungen nur durch eine Gewerbeuntersagung begegnet werden kann" (6), handelt es sich um einen unbestimmten und daher in vollem Umfang nachprüfaren Rechtsbegriff.

(1) Janssen, aaO, § 35 IV 3.

(2) Janssen, aaO, § 35 IV 3.

(3) Fuhr, aaO, § 35, Anm. 13 b.

(4) Eyermann-Fröhler, aaO, § 35 RdNr. 54.

(5) Bender, Verhältnismäßigkeit und Vermeidbarkeit des Verwaltungshandelns (NJW 1955, 938).

(6) Urteil des BVerwG v. 23.2.1962 (BGBI. 1962, 212); Fuhr, aaO, § 35 Anm. 16 d).

Vor jeder Gewerbeuntersagung ist zu prüfen, ob gegen den Betroffenen Maßnahmen ergriffen werden können, die ausreichend, aber weniger einschneidend sind; schuldet der Betroffene z.B. der AOK Sozialversicherungsbeiträge, so muß zunächst geprüft werden, ob Maßnahmen des Versicherungsamtes gemäß § 398 RVO angeordnet werden und ausreichend sein können; falls der Betroffene der Berufsgenossenschaft Beiträge zur gesetzlichen Unfallversicherung schuldet, ist zu prüfen, ob Anordnungen der Genossenschaft gemäß § 765 RVO ergriffen werden und ausreichend sein können.

Reicht die in § 35 Abs.1 S.1 vorgesehene teilweise Gewerbeuntersagung zur Beseitigung der Gefährdung aus, so ist diese auszusprechen (1). Ebenso muß die Behörde prüfen, ob die Untersagung auf eine bestimmte Dauer ausreichend ist (2).

Erst wenn die Wirkungslosigkeit dieser Maßnahmen evident ist, ist die Gewerbeuntersagung auszusprechen.

Eine Verletzung des Prinzips des geringstmöglichen Eingriffs führt zur Fehlerhaftigkeit und damit Vernichtbarkeit des Verwaltungsaktes.

Wenn auch der Tatbestand des § 35 Abs.1 erfüllt ist und eine Untersagung ausgesprochen werden müßte, ist zusätzlich der das gesamte öffentliche Recht beherrschende Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, welcher besagt, daß der Eingriff nicht außer Verhältnis zu dem erstrebten Erfolg stehen darf, zu beachten. Eine Untersagung ist demnach unzulässig, wenn der durch die Schließung des Betriebes entstehende Schaden in keinem Verhältnis zu den aus der Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden resultierenden Gefahren für die Allgemeinheit steht; etwa große Arbeitslosigkeit auf der einen Seite und die Befürchtung auf der anderen, daß der abartig veranlagte Inhaber eines Betriebes wieder der Versuchung erliegen könnte, mit Betriebsangehörigen gleichgeschlechtliche Beziehungen aufzunehmen (3).

(1) Eyermann-Fröhler, aaO, § 35 RdNr. 80.

(2) Janssen, aaO, § 35 V 3.

(3) Eyermann-Fröhler, aaO, § 35 RdNr. 58.

3.Kapitel: Die Gewerbeuntersagung

§ 1 Der Adressat der Gewerbeuntersagung

Liegen die Voraussetzungen des § 35 Abs.1 vor, dann muß die Behörde die Gewerbeuntersagung aussprechen. Die Untersagung kann nur demjenigen gegenüber erfolgen, der selbständig ein Gewerbe betreibt, sie kann nicht gegenüber Betriebsleiter oder Stellvertreter erfolgen (1). Dabei ist es gleichgültig, ob es sich um eine Einzelperson, Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, des Handelsrechts oder eine juristische Person des bürgerlichen oder öffentlichen Rechts handelt. Voraussetzung ist nur, daß ein unter die Gewerbeordnung fallendes Gewerbe in der Form des stehenden Gewerbes betrieben wird.

Selbständiger Gewerbetreibender ist auch derjenige, der sich als Kommanditist an einem gewerblichen Unternehmen beteiligt, unter der Voraussetzung, daß sich seine unternehmerische Leistung nicht nur auf die Beteiligung am Unternehmerrisiko beschränkt (2). Eine unternehmerische Betätigung in diesem Sinn liegt vor, wenn dem Kommanditisten trotz seines gesellschaftlichen Ausschlusses von der Vertretungsmacht und der Geschäftsführung tatsächlich ein maßgeblicher Einfluß auf den Geschäftsbetrieb eingeräumt wird, wie dies vielfach bei finanziellem Übergewicht des Kommanditisten vorkommt. Die bloße Beschäftigung eines Kommanditisten im Angestelltenverhältnis gibt ihm für sich allein aber noch keine Möglichkeit zu unternehmerischer Betätigung. Dementsprechend rechtfertigt auch die Tatsache, daß ein Kommanditist Prokurist in dem Unternehmen ist, nicht den Schluß, daß er eine selbständige gewerbliche Tätigkeit im Sinne von § 35 ausübt.

§ 2 Der Inhalt der Gewerbeuntersagung

Liegen die Voraussetzungen von § 35 Abs.1 vor, muß die Behörde die Gewerbeuntersagung aussprechen, für eine Ermessensentscheidung ist also kein Raum.

Wenn es jedoch nach dem Sachverhalt als angebracht erscheint, kann die Gewerbeuntersagung zeitlich begrenzt oder auf Teile eines Gewerbebetriebes beschränkt werden, § 35 Abs.1.

(1) Fuhr, aaO, § 35 Anm.16.

(2) BVerwG v. 21.7.1964 (GewArch.1965, 119); OVG Münster v. 5.7.1961 (BB 1962, 541); hierzu ferner: Janssen, aaO, Einführung zur Gewerbeordnung, IV 2 c); Kienzle, Zur Auslegung von § 35 (GewArch.1965, 98).

1. Eine teilweise Beschränkung kann sich auf die persönliche Ausübung des Gewerbes unter Ausschließung der Beschäftigung fremder Arbeitnehmer erstrecken (1) oder in dem Verbot der Beschäftigung weiblicher Angestellter unter 21 Jahren (2) oder etwa in der Untersagung der Betätigung im Exporthandel liegen; ferner in der Untersagung einer bestimmten, besonders gefährbringenden Tätigkeit.

Ob die Behörde die Untersagung unbeschränkt oder nur mit einer der in § 35 Abs.1 vorgesehenen Beschränkung ausspricht, steht in ihrem Ermessen: "Voraussetzung für die Untersagung ist zwar, daß den Gefährdungen nur durch eine Gewerbeuntersagung begegnet werden kann. Diese Rechtsfrage ist aber nur bedeutsam für die Entschließung, ob überhaupt zu untersagen ist, nicht auch für die weitere (Ermessens-) Frage, ob die Untersagung unbeschränkt oder beschränkt auszusprechen ist." (3)

2. Die Untersagung auf Dauer wird die Regel sein, da sich nicht mit Sicherheit voraussehen läßt, ob und daß die Unzuverlässigkeit nach Ablauf einer bestimmten Zeit beseitigt sein wird (4). Eine unbefristete Untersagung ist als Untersagung auf Dauer anzusehen (5).

§ 3 Die Fortführung des Gewerbebetriebs durch einen Stellvertreter, § 35 Abs.2

Die ratio legis für die Aufnahme der Bestimmung in § 35 Abs.2 GewO, wonach der Gewerbebetrieb im Falle der Untersagung durch einen Stellvertreter fortgeführt werden kann, liegt einmal in der Absicht der Vermeidung unbilliger Härten gegenüber dem Gewerbetreibenden (6), zum anderen in dem Grundsatz der Erhaltung volkswirtschaftlich wertvoller Betriebe zum Nutzen der Allgemeinheit; außerdem ist diese Vorschrift geeignet, wenn nötig, die Resozialisierung des betroffenen Gewerbetreibenden zu erleichtern.

(1) VGH Braunschweig v. 19.10.1961 (GewArch. 1962, 55).

(2) VG München v. 15.12.1961 (GewArch. 1963, 7/9).

(3) Fuhr, aaO, § 35 Anm.16 d); BVerwG v. 23.2.1962 (GewArch. 1962, 126); Beschluß des BVerwG v. 9.11.1964 (GewArch. 1965, 101).
A.A. Eyermann-Fröhler, § 35 RdNr.79.

(4) Eyermann-Fröhler, § 35 RdNr.82.

(5) Janssen, aaO, § 35 V 3 b).

(6) Fuhr, aaO, § 35 Anm.18.

Laut Gesetzestext handelt es sich um eine "Kann"-Bestimmung, woraus von Fuhr (1) und dem VG München (2) der Schluß gezogen wird, es handle sich hierbei um eine Ermessensentscheidung. Dennoch muß Eyermann-Fröhler zugestimmt werden (3), daß es sich in § 35 Abs.2 entgegen einer ersten Verbalinterpretation um eine Rechtsentscheidung handelt; die amtliche Begründung läßt keinen eindeutigen Schluß auf die Rechtsnatur dieser Bestimmung zu (4). Nach Eyermann-Fröhler bedeutet "kann" nur, daß der Gewerbebetrieb durch einen Stellvertreter überhaupt fortgeführt werden könne, daß dies zulässig sei.

Geht man davon aus, daß im Falle der Unzuverlässigkeit eines Gewerbetreibenden die Verwaltungsbehörde auf Beseitigung dieses Zustandes dringen muß - was gemäß § 35 Abs.1 nicht in ihr Ermessen gestellt ist - andererseits jedoch nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der in § 35 Abs.1 ausdrücklich durch das Wort "nur" als auch die Gewerbeuntersagung beherrschend sanktioniert ist, so ergibt sich, daß die Untersagung nach einer Abstufung der geringsten Beschwer auszusprechen ist. Bietet aber die Fortführung eines Gewerbebetriebes durch einen Stellvertreter die Möglichkeit, daß damit den durch § 35 geschützten Interessen voll genügt wird, und zugleich durch diese Lösung dem betroffenen Gewerbetreibenden gegenüber Härten vermieden werden, so muß die Behörde zu dieser Maßnahme greifen; sie - und keine andere - ist das notwendige Maß für ihr Handeln, wenn sie nicht das auch in den Beratungen zum Entwurf immer wieder hervorgehobene Postulat, nach welchem die Gewerbeuntersagung ultima ratio sein soll, verletzen und sich in die Sphäre des im Hinblick auf das in Art.12 Abs.1 GG garantierte Recht auf freie Berufswahl verfassungsrechtlich bedenklichen Handelns begeben will.

Voraussetzung ist natürlich, daß die Ausübung des betreffenden Gewerbes durch einen Stellvertreter möglich ist, und ein geeigneter Stellvertreter vorhanden ist, der den Anforderungen des § 45 GewO genügt.

Eyermann-Fröhler betonen sehr richtig, daß, wollte man in § 35 Abs.2 das "kann" als Ermessensentscheidung interpretieren und sollte durch die Einsetzung eines entsprechenden Stellvertreters die Gefährdung der in § 35 aufgezählten Schutzgüter ausgeschaltet sein, stets nur dann von dem Ermessen richtiger Gebrauch gemacht würde, wenn die Fortführung des Gewerbebetriebes durch einen Stellvertreter gestattet würde (4).

(1) VG München, Urteil vom 15.12.61 (GewArch.1963, 7).

(2) Eyermann-Fröhler, aaO, § 35 RdNr.88, 89.

(3) Verhandlungen des Dt.Bundestages, 57.Bd., 3.Wahlper., Drucks.Nr. 318, S.18.

(4) Eyermann-Fröhler, aaO, § 35 RdNr.91.

Technisch aber ist Ermessen dort ausgeschlossen, wo nur eine Entscheidung möglich ist.

§ 4 Die Gestattung der Wiederaufnahme des Gewerbebetriebes durch den Gewerbetreibenden, § 35 Abs.6

Mit dem Grundrecht der freien Berufswahl ist es nicht vereinbar, einen Bewerber von einem Beruf länger fernzuhalten als dies durch überwiegende Interessen der Allgemeinheit erforderlich ist (1). Diesem Gedanken trägt die Neuregelung in § 35 Abs.6 weitgehend Rechnung durch die Gewährung eines Rechtsanspruchs auf Gestattung der Wiederaufnahme des untersagten Gewerbes (2).

Die Vorschrift über die Möglichkeit der Wiedergestattung entspricht im wesentlichen der bisherigen Rechtslage, § 35 Abs.6 a.F. Neu ist die Möglichkeit, in Ausnahmefällen vor Ablauf der Jahresfrist die Wiederaufnahme des Gewerbebetriebes zu gestatten.

Die Gestattung der Wiederaufnahme dient dem Schutze des durch die Gewerbeuntersagung in seiner wirtschaftlichen Existenz hart getroffenen Gewerbetreibenden und soll seine Wiedereingliederung in den Wirtschaftsablauf erleichtern, sobald er die Voraussetzungen hierfür geschaffen hat, d.h. dafür gesorgt hat, daß die Gründe, die seine Unzuverlässigkeit dartaten, fortgefallen sind.

Vor Ablauf der vorgesehenen Untersagungsdauer kann der betroffene Gewerbetreibende einen Antrag von Wiedergestattung stellen. Voraussetzung für die Wiedergestattung ist gemäß § 35 Abs.6 S.1, daß eine Gefährdung nach Abs.1 nicht mehr zu besorgen ist; der Gesetzgeber stellt also nicht darauf ab, ob der Gewerbetreibende nicht mehr als unzuverlässig anzusehen ist oder nicht (3). Meist wird jedoch die Gefährdung mit Beseitigung der Unzuverlässigkeit entfallen, da sie nach Abs.1 durch Tatsachen, welche die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden in bezug auf den Gewerbebetrieb dartun, bedingt ist. Keine Wiedergestattung ist notwendig, wenn die Zeit, für welche eine Gewerbeuntersagung ausgesprochen war, abgelaufen ist; denn dann verliert die Untersagung von selbst an Wirkung. Ob die Gefährdung entfallen ist oder nicht, ist einer Tat- und Rechtsfrage, die von den Verwaltungsgerichten in vollem Umfange nachprüfbar ist (4).

(1) Urteil des BVerwG v. 21.7.1959 (DVB1. 59, 775).

(2) Fuhr, aaO, § 35 Anm.11 c).

(3) Eyermann-Fröhler, aaO, RdNr.116.

(4) Eyermann-Fröhler, aaO, RdNr.117; Fuhr, aaO, § 35 Anm.19.

Während bisher die Gestattung der Wiederaufnahme des Gewerbebetriebes in das Ermessen der zuständigen Behörde gestellt war (§ 36 Abs.6 a.F.), besteht nach der neuen Rechtslage, wenn eine Gefährdung nicht mehr zu besorgen ist, ein Rechtsanspruch auf Wiedergestattung; grundsätzlich jedoch erst nach Ablauf eines Jahres seit "Durchführung" der Untersagung. "Durchführung" bedeutet dabei, daß die Gewerbeuntersagung mindestens ein Jahr vollzogen ist, sei es, daß die Untersagungsverfügung freiwillig beachtet ist, sei es, daß sie zwangsweise durchgesetzt wurde (1). Durchgeführt ist die Untersagung auch dann, wenn der Betrieb gemäß § 35 Abs.2 durch einen Stellvertreter weitergeführt wird, für den eine Erlaubnis notwendig ist, bleibt diese auch nach Betriebs-einstellung wirksam und braucht im Falle der Wiedergestattung nicht neu erteilt zu werden, es sei denn, im Gesetz wäre etwas anderes vorgeschrieben.

Vor Ablauf eines Jahres kann die Wiedergestattung nur bei Vorliegen von besonderen Gründen erfolgen. "Grundsätzlich" bedeutet, daß es sich um einen ausfüllungsbedürftigen, voll nachprüfbaren, unbestimmten Rechtsbegriff handelt; soweit es "kann" heißt, ist es in das Ermessen der Behörde gestellt, ob sie den Betrieb wiedergestatten will oder nicht (2). Eine andere Ansicht wird in dem Kommentar von Eyermann-Fröhler vertreten (3); entscheidend sei nicht die Verbalinterpretation. Das Wort "kann" drücke nur die Ermächtigung aus, daß die Behörde etwas zulassen oder anordnen dürfe. Darüber, ob die Behörde verpflichtet sei, von dieser Ermächtigung Gebrauch zu machen, sage die Formulierung "kann" nichts aus; die Frage sei vielmehr nach dem Zweck der Vorschrift und ihrem Zusammenhang mit den übrigen Bestimmungen, sowie unter Berücksichtigung der allgemeinen Grundsätze eines rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts zu beantworten. Eyermann-Fröhler kommen zu dem Ergebnis, daß nur diese Auslegung, wonach "kann" keine Ermessensentscheidung bedeutet, der Grundtendenz des § 35 gerecht werde: daß nämlich ein Gewerbe nur solange und soweit untersagt werden darf, als es die zu schützenden Interessen erfordern. Von diesem Grundsatz bedeute § 35 Abs.6 bereits eine Ausnahme, als dort, trotz Wegfall der Gefährdung die Untersagung mindestens ein Jahr lang durchgeführt sein muß, ehe ein Rechtsanspruch auf Wiedergestattung eingeräumt wird. Nach den allgemeinen Grundsätzen müßten aber beschwerende Vorschriften eng ausgelegt werden, begünstigende Ausnahme-

(1) Eyermann-Fröhler, aaO, § 35 RdNr. 117; Fuhr, aaO, § 35 Anm.19.

(2) Fuhr, aaO, § 35 Anm.19.

(3) Eyermann-Fröhler, aaO, § 35 RdNr.119.

vorschriften dementsprechend weit. Danach entstünde bei Wegfall der Gefährdung, wenn besondere Gründe zum Wegfall der Gefährdung hinzutreten würden, ein Rechtsanspruch auf Wiedergestattung. Auch sei der Begriff "besondere Gründe" mindestens so gut wie der Begriff "Ausnahmefall" (§ 7 Abs.2 HO) präzisierbar, so daß dies einer Rechtsentscheidung nicht im Wege stünde (1). Im übrigen sei diese Auslegung schon deshalb geboten, weil die Sperrvorschrift des § 35 Abs.6 S.1 verfassungsrechtlich bedenklich sei und einen bedenklichen Eingriff in die Gewerbefreiheit bedeuten würde, weil die Behörden selbst bei Wegfall der Gefährdung ohne besondere Gründe die Wiederaufnahme nicht gestatten könnten. Ferner sei - folge man der Gegenmeinung - die Ablehnung bei Vorliegen von besonderen Gründen nur dann ermessensgemäß, wenn die Behörde darzutun vermöchte, daß besondere Gründe vorliegen, welche die Ablehnung rechtfertigen würden (2). Aber bereits diese Formulierung zeige schon, daß die Annahme einer Ermessensentscheidung bei "Vorliegen besonderer Gründe" ein Widerspruch in sich sei.

Ich möchte in meiner Kritik noch weiter als Eyermann-Fröhler gehen; entscheidend für die Gewerbeuntersagung ist die Voraussetzung der Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden und die hierauf beruhende Gefährdung: ist ein Gewerbetreibender unzuverlässig und tritt hierdurch eine Gefährdung ein, muß der Gewerbebetrieb untersagt werden: § 35 Abs.1; ist ein Gewerbetreibender nicht mehr unzuverlässig und liegt keine Gefährdung mehr vor, dann hat der Gewerbetreibende gemäß § 35 Abs.6 S.1 einen Rechtsanspruch auf Wiedergestattung.

Dennoch - wie auch Eyermann-Fröhler hervorheben - hat die Behörde vor Ablauf eines Jahres keine Möglichkeit, den Gewerbebetrieb wieder zu gestatten, auch wenn die Unzuverlässigkeit und Gefährdung weggefallen sind, es sei denn, es liegen gemäß § 35 Abs.6 S.2 besondere Gründe vor.

Das aber begegnet meiner Ansicht nach bereits verfassungsrechtlichen Bedenken. Die Wiedergestattung verweigern, obwohl die Voraussetzungen der Unzuverlässigkeit und der Gefährdung nicht mehr vorliegen, bedeutet nicht nur der Gewerbeuntersagung einen ihr nicht zukommenden poenalisierenden Effekt beilegen, sondern einen Verstoß gegen den im Grundgesetz statuierten Grundsatz der Gleichbehandlung, wonach tatbestandlich Gleiches gleich und tatbestandlich Ungleiches ungleich behandelt werden muß, Art.3 GG.

(1) Eyermann-Fröhler, aaO, § 35 RdNr.120.

(2) Eyermann-Fröhler, aaO, § 35 RdNr.121.

Denn in dem Augenblick, in dem einem wieder zuverlässig gewordenen Gewerbetreibenden die Gewerbeausübung weiterhin verboten wird, steht er schlechter als ein die Gewerbeausübung beginnender zuverlässiger Gewerbetreibender; er wird, verweigert man ihm die Gewerbeausübung - oder gestattet sie ihm nur unter besonderen Voraussetzungen (§ 35 Abs. 6 S. 2) - wie ein Gewohnheitsverbrecher behandelt.

Meiner Ansicht nach ist daher bereits die Vorschrift des § 35 Abs. 6 S. 2, soweit sie besondere Gründe für die Wiedergestattung des Gewerbebetriebes vor Ablauf eines Jahres verlangt, verfassungswidrig, so daß mir die Überlegung, ob die Wiedergestattung unter besonderen Gründen gegen Artikel 12 Grundgesetz verstößt oder als Rechtsanspruch besteht, gar nicht mehr zugänglich ist. Da mit verfassungskonformer Auslegung keine Abhilfe geschaffen werden kann, bleibt nur die Neufassung dieser Vorschrift übrig.

Die Wiedergestattung als Korrelat der Untersagung kann, wie diese auch, teilweise erfolgen, indem ihr Auflagen und Bedingungen beigegeben werden (1).

§ 5 Die Wirkungen der Gewerbeuntersagung

Mit dem Ausspruch der Gewerbeuntersagung wird dem Betroffenen die Ausübung des untersagten Gewerbes mit Wirkung für das gesamte Bundesgebiet verboten, die Wirksamkeit tritt mit dem Zugang der Untersagungsverfügung ein (2). Er hat sich also jeglicher Maßnahmen zu enthalten, die als Weiterführung des Gewerbebetriebes angesehen werden können. Zwar steht einer Veräußerung des Geschäftes nichts im Wege - vorausgesetzt, es handelt sich nicht um eine Scheinübertragung -, eine Liquidation ist jedoch nur bei ausdrücklicher Gestattung und in den durch die Untersagungsverfügung gezogenen Grenzen erlaubt. Im übrigen hat die Abwicklung der mit der Einstellung des Betriebes verbundenen Geschäfte durch einen Stellvertreter über § 35 II zu erfolgen (3).

Gemäß § 35 Abs. 5 kann die Ausübung des untersagten Gewerbes durch Schließung der Betriebs- oder Geschäftsräume oder durch andere geeignete Maßnahmen verhindert werden, wenn der Betrieb nach der rechtskräftig ausgesprochenen Untersagung oder nach Anordnung der sofortigen Vollziehung nicht eingestellt wird.

(1) Eyermann-Fröhler, aaO, § 35 RdNr. 125.

(2) Eyermann-Fröhler, aaO, § 35, RdNr. 83.

(3) Kienzle, aaO, S. 33.

Wer einer nach § 35 Abs.1 erlassenen Untersagungsverfügung zuwiderhandelt, macht sich nach § 146 Abs.1 Nr.6 strafbar.

Für die Dauer der Untersagung kann bei erlaubnispflichtigen Gewerben keine Erlaubnis erteilt werden (1), z.B. wenn eine Gewerbeart erst nach der Untersagung erlaubnispflichtig geworden ist.

Der durch die Untersagung betroffene Gewerbetreibende wird jedoch nicht daran gehindert, sich anderweit unternehmerisch zu betätigen, sofern er für seinen neuen Tätigkeitsbereich etwa vorhandene Zulassungsvoraussetzungen erfüllt, denn dem Gewerbetreibenden soll nicht die Möglichkeit abgeschnitten werden, sich wieder in das Wirtschaftsleben einzugliedern.

Auch eine abhängige Tätigkeit im früheren Gewerbebezweig als Angestellter ist möglich.

Neben der Unterrichtung im Sinne von § 35 Abs.4 S.2 kann auch noch eine durch Rechts- oder Verwaltungsvorschrift vorgeschriebene Unterrichtung nach rechtskräftiger Untersagung erforderlich sein. Hierher gehört insbesondere die Mitteilung an das Strafregister. Die Untersagung nach § 35 ist gemäß § 9 a der Strafregisterordnung (2) in das Strafregister einzutragen. Die Eintragung ermöglicht bei erneuter Betätigung im Geltungsbereich der Gewerbeuntersagung an dem jeweiligen Aufenthaltsort ein Eingreifen der Ordnungsbehörde gemäß § 35 Abs.5.

Eine öffentliche Bekanntmachung der Untersagung sowie Wiedergestattung ist gesetzlich nicht vorgesehen, wäre aber zulässig (3).

§ 6 Der Rechtsanspruch auf Gewerbeuntersagung

Gemäß § 35 Abs. 1 muß die Verwaltungsbehörde die Ausübung des Gewerbes untersagen, wenn die Voraussetzungen hierfür gegeben sind; ob die von § 35 betroffenen Personen einen im Verwaltungsrechtsweg durchsetzbaren Anspruch auf Untersagung durch die Behörden haben, ergibt sich aus dem mit der Vorschrift verfolgten Zweck; die Zweckbestimmung ist durch Interpretation der

(1) Urteil des OVG Münster v. 23.5.1956 (GewArch. 1959, 31 (32)).

(2) Strafregisterordnung i.d.F. vom 17.2.1934 (RegBl.I, S.137).

(3) Janssen, aaO, V 5 b).

Mit gewissem Vorbehalt: Kienzle, aaO, S.46.

Norm auf den konkreten Fall, gleichsam topisch zu ermitteln (1). Die in § 35 getroffene Regelung ist nicht nur im Interesse und zum Schutze der Allgemeinheit, der künftigen Vertragspartner des unzuverlässigen Gewerbetreibenden erlassen, sondern soll auch die im Betrieb Beschäftigten und "andere", z.B. Sozialversicherungsträger schützen, ist also auch im Individualinteresse erlassen; hieraus folgt ein im Wege der Klage durchsetzbarer Rechtsanspruch dieser Personen (2).

4. Kapitel: Das Verfahren

§ 1 Zuständigkeit für die nach § 35 GewO zu treffenden Maßnahmen

Da durch die Gewerbeuntersagung die an und für sich verfassungsrechtlich gewährleistete Freiheit zum Betrieb eines Gewerbes aufgehoben, das auf Unterlassung staatlicher Eingriffe gerichtete subjektive öffentliche Recht vernichtet wird, kann dieser Eingriff nur unter Voraussetzungen, die rechtsstaatlichen Erfordernissen genügen, vorgenommen werden.

"Mit Rücksicht auf die einschneidende Bedeutung der Gewerbeuntersagung für den Betroffenen soll für die Untersagung die höhere Verwaltungsbehörde zuständig sein. Bei der unteren Verwaltungsbehörde sind die lokalen Einflüsse zu stark; auch ist es aus allgemeinen Gründen unzweckmäßig, sie mit einer solchen Entscheidung zu belasten. Dem von einzelnen Organisationen geäußerten Wunsche, die untere Verwaltungsbehörde als erste Instanz vorzusehen, kann daher nicht entsprochen werden." (3)

Zwar wollte der Bundesrat wegen des verschiedenen Verwaltungsaufbaues in den einzelnen Ländern § 35 Abs. 7 dahingehend geändert wissen, daß die nach § 35 vorzunehmenden Maßnahmen generell von der "nach Landesrecht zuständigen Behörde" getroffen werden sollten (4); dem Änderungsantrag war folgende

(1) Hierzu aus der neueren Rechtsprechung:

G. Buschlinger, Der Anspruch auf polizeiliches Einschreiten aus verfassungsrechtlicher Sicht, DÖV 1965, 374 (375).

(2) BVerwGE 11, 95 mit Besprechung von Bachof in: Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, 2. Aufl., S. 283 f.

(3) Verh. d. Dt. BT, 57. Bd., 2. Wahlper., Drucks. Nr. 318, S. 19.

(4) Verh. d. Dt. BT, 57. Bd., 2. Wahlp., Drucks. Nr. 318, S. 40: Stellungnahme des Bundesrates.

Begründung beigegeben: "Es besteht kein zwingender Anlaß, durch Bundesgesetz gemäß Art. 84 GG die zuständigen Behörden für die Länder verbindlich zu bestimmen. Die Bestimmung der zuständigen Behörden, die diese Gesetze durchzuführen haben, sollte, insbesondere im Hinblick darauf, daß der Behördenaufbau in den Ländern unterschiedlich geregelt ist, den Ländern überlassen bleiben. Die Bestimmung der Zuständigkeit durch die Länder umfaßt sowohl die sachliche als auch die örtliche Zuständigkeit. Für die Änderung waren Bedenken gegen die vorgesehene Zuständigkeit der höheren Verwaltungsbehörde nicht ausschlaggebend. Die im Entwurf vorgesehene Regelung erscheint auch unter dem Gesichtspunkt des Eingriffs in die Organisationsgewalt der Länder verfassungsrechtlich bedenklich."

Diese Bedenken wurden jedoch in der Stellungnahme der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates zurückgewiesen (1); dem Vorschlag des Bundesrates könne nicht zugestimmt werden. Daß die zuständige Behörde bereits im Gesetz selbst festgelegt werde, entspreche dem System der Gewerbeordnung. Dem unterschiedlichen Aufbau der Verwaltung in den Ländern sei durch die Ermächtigung des § 155 Abs. 2 GewO Rechnung getragen. Daß die zuständige Behörde im Gesetz selbst festgelegt werde, beruhe auf der Erwägung, daß die Zuständigkeitsregelung auf den materiellen Gehalt der einzelnen Vorschriften abstellen müsse. Dies gelte insbesondere für § 35 Abs. 7.

Während die Zuständigkeit der höheren Verwaltungsbehörde inzwischen allseitige Billigung gefunden hat, bewegt die Praxis ein Problem, das überhaupt nicht Gegenstand der Beratungen war: die fehlende Zuständigkeitsregelung im Falle der Untersagung eines Gewerbebetriebes, der mehrere Niederlassungen hat und diese Niederlassungen, was regelmäßig der Fall sein wird, im Bereich mehrerer zuständiger Verwaltungsbehörden liegen. Will man divergierende Entscheidungen vermeiden, so erscheint es notwendig, daß das Untersagungsverfahren nur von einer Verwaltungsbehörde ausgesprochen wird. Dabei wäre daran zu denken, daß stets diejenige höhere Verwaltungsbehörde zuständig sein soll, in deren Bezirk die Hauptniederlassung des Gewerbetreibenden liegt. Eine andere Lösungsmöglichkeit könnte sich aus § 51 Abs. 6 OWG ergeben; danach ist bei mehrfach begründeter Zuständigkeit diejenige Verwaltungsbehörde zuständig, die zuerst mit der Sache befaßt worden ist. Diese kann die Sache an eine andere zuständige Verwaltungsbehörde abgeben, wenn dies zweckmäßig erscheint, Satz 2. Nach Satz 3 kann in Zweifelsfä-

(1) Verh. d. Dt. BT, 57. Bd., 2. Wahlper., Drucks. Nr. 318, S. 47.

len die gemeinsame höhere Verwaltungsbehörde die zuständige Verwaltungsbehörde bestimmen; eine gemeinsame höhere Verwaltungsbehörde ist allerdings nur innerhalb desselben Landes vorhanden, nicht auch im Verhältnis von Behörden verschiedener Länder.

Mir erscheint es am sinnvollsten und rationellsten, diejenige höhere Verwaltungsbehörde zuständig sein zu lassen, in deren Bezirk die Niederlassung liegt, in der die Frage der Gewerbeuntersagung aktuell ist. Sie ist am besten mit den Verhältnissen vertraut und kann sich an Ort und Stelle informieren.

§ 2 Die Ermittlung des Sachverhalts und die Einleitung der Untersagung

Wenn auch der Anstoß zur Untersagung vielfach von Dritten ausgeht (1), die Erforschung des der Untersagungsverfügung zugrunde zu legenden Sachverhalts geschieht von Amts wegen, es gilt der das verwaltungsgerichtliche Verfahren beherrschende Untersuchungsgrundsatz (2), d.h. die Behörde muß von sich aus oder unter Inanspruchnahme anderer Verwaltungsbehörden und sonstiger Stellen die Ermittlung der für die Untersagung erforderlichen tatsächlichen Umstände betreiben. Über § 4 der Verordnung über Auskunftspflicht vom 13.7.1923 (3) wird die Behörde in den Stand gesetzt, sich über alle Gegebenheiten und Vorgänge in dem betreffenden Gewerbebetrieb zu unterrichten (4). Da alle Maßnahmen, die auf Grund des behördlichen Auskunftsrechts getroffen werden, Verwaltungsakte sind, steht dem in Anspruch Genommenen der Verwaltungsgerichtsweg hiergegen offen (5).

In einer Vielzahl von Fällen erfährt die Behörde durch die Industrie- und Handelskammern Unterstützung, die im Rahmen ihrer beratenden, begutachtenden und berichtenden Tätigkeit gegenüber ihren Mitgliedern mit Mißständen vertraut werden und die Behörden in der Folgezeit davon unterrichten (6).

-
- (1) Über die Behandlung von Anträgen auf Gewerbeuntersagung siehe Kienzle in GewArch. 1961, 25.
 - (2) Eyermann-Fröhler, VwGO, § 86 RdNr.1.
 - (3) RGB1. 1923 I, S.723.
 - (4) Hinsichtlich verfassungsrechtlicher Bedenken gegenüber der Verordnung über Auskunftspflicht siehe Huber, aaO, Bd.II, S.335; Kienzle, aaO, S.37/38.
 - (5) Huber, aaO, Bd.II, S.339.
 - (6) Ausführlicher hierzu § 3.

Dem Untersagungsverfahren geht eine sogenannte Gewerbeuntersagungseinleitungsverfügung voraus. Sie enthält eine Aufforderung zur Beseitigung der die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden dartuenden Tatsachen mit dem Hinweis auf die andernfalls eintretenden Rechtsfolgen und bietet Gelegenheit zur Stellungnahme innerhalb einer bestimmten Zeit.

§ 3 Die Anhörung der in § 35 Absatz 4 angeführten Stellen

Weniger rechtsstaatlicher Sicherungen wegen als aus Zweckmäßigkeitsgründen ist auf Vorschlag der beteiligten Wirtschaftsorganisationen in § 35 Abs.4 die Anhörung bestimmter Selbstverwaltungsorgane der Wirtschaft vorgesehen. Diesen Organisationen - bedeutsam vor allem die Industrie- und Handelskammern - wird durch die Anhörungsmöglichkeit Gelegenheit gegeben, den Verwaltungsbehörden die Benützung zur Verfügung stehenden Materials zur Erleichterung der Entscheidung anheimzustellen (1).

Die im Gesetz verlangte Anhörung der aufgeführten Stellen bedeutet, daß die Verwaltungsbehörden diesen binnen angemessener Frist Gelegenheit zur Stellungnahme zu dem betreffenden Fall zu geben haben.

Bei § 35 Abs.4 handelt es sich um eine Sollvorschrift, sie trägt also Ermessenscharakter. Die vorgeschriebene Anhörung scheint grundsätzlich geboten. Die Behörde macht von ihrem Ermessen dann einen Fehlgebrauch, wenn sie ohne zwingende Gründe von einer Anhörung der im Gesetz vorgesehenen Organisationen absieht (2). Nur sofern Gefahr im Verzuge vorliegt - und dies ist eine Rechtsentscheidung -, hat die Behörde keine Ermessenserwägungen darüber anzustellen, ob sie diese Stellen anhören will oder nicht. Kann die Anhörung in diesen Fällen also schlechthin unterbleiben, so besteht für die Behörde jedoch die Verpflichtung, die entsprechenden Stellen von der Gewerbeuntersagung zu unterrichten. Unterläßt die Behörde die Benachrichtigung, so hat dies jedoch keinen Einfluß auf die Rechtmäßigkeit der Entscheidung (3).

Eine Anhörung kann dann unterbleiben, wenn die Anregung zur Gewerbeuntersagung von der betreffenden Stelle selbst ausging - denn dann bezieht diese von Anfang an Stellung zu dem vorliegenden Fall - oder wenn diese befangen ist.

Unterbleibt im übrigen die Anhörung zu Unrecht, ist der Verwaltungsakt feh-

(1) BVerwG-Urteil vom 20.11.1962 (GewArch.63, 136).

(2) Eyermann-Fröhler, aaO, § 35 RdNr.103.

(3) Eyermann-Fröhler, aaO, § 35 RdNr.104.

lerhaft und damit anfechtbar. Die Heilung des fehlerhaften Verwaltungsaktes ist nicht durch die Nachholung der Anhörung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren möglich, auch wenn dies im Sinne einer größeren Praktikabilität liegen würde. Die Untersagung ist erneut auszusprechen (1). Im Widerspruchsverfahren kann die Anhörung jedoch nachgeholt werden mit der Wirkung, daß die Untersagung von Anfang an wirksam ist.

Ein der Anhörungspflicht der Verwaltungsbehörden entsprechendes Anhörungsrecht haben die in § 35 Abs.4 aufgezählten Stellen nicht, sie können ihre Anhörung also nicht etwa durch eine Vornahmeklage gemäß § 42 VGO erzwingen, da sie in keinem rechtlich geschützten Interesse verletzt werden (2). Rechtlich geschützt ist ein Interesse, wenn eine Rechtsnorm nicht lediglich im öffentlichen Interesse, sondern allein oder auch dem beeinträchtigten Individualinteresse dient (3).

Die Vorschrift des § 35 Abs.4 wurde jedoch im Interesse des betroffenen Gewerbetreibenden und der Allgemeinheit geschaffen, nicht aber im Interesse der anzuhörenden Stellen, die auf eine rein gutachterliche Funktion beschränkt sind (4). Da es sich eben um eine gutachterliche Stellungnahme der anzuhörenden Stellen handelt, ist die Behörde bei der Beurteilung des Falles auch nicht daran gebunden; aus diesem Grunde kann die vorgeschriebene Anhörung auch kein Einbruch in das behördliche Handeln sein, als was sie inzwischen von den Verwaltungsbehörden auch nicht mehr verstanden wird: im Gegenteil, wollten die Verwaltungsbehörden auf die Mitarbeit - worauf ja schließlich die Anhörung hinausläuft - vor allem der Industrie- und Handelskammern verzichten, hätten sie in vielen Fällen eine größere Arbeitsbelastung. Schließlich trägt der innerbehördliche Austausch von Meinungen oft zur Klärung von Zweifelsfragen bei.

Der durch eine Äußerung der Industrie- und Handelskammer betroffene Gewerbetreibende kann sich gegen eine Stellungnahme nicht zur Wehr setzen, da es an der Rechtsverbindlichkeit fehlt, kein angreifbarer Verwaltungsakt vorliegt. Allenfalls könnte der Betroffene aus einer schuldhaft unzutreffenden

(1) Eyermann-Fröhler, aaO, § 35 RdNr.103.

(2) BVerwGE 6, 167/169.

(3) BVerwGE v. 29.1.1960 (DVBl. 57, 624): "Nur gutachterlich zu hörende Stellen, wie die Industrie- und Handelskammern und berufsständischen Vertretungen steht kein Klagerecht zu."

(4) Eyermann-Fröhler, aaO, § 35 RdNr.109.

Äußerung der befaßten Stelle einen Schadensersatzanspruch wegen Amtspflichtverletzung herleiten, denn es ist eine Amtspflicht der Stellen dem betroffenen Gewerbetreibenden gegenüber anzunehmen, wonach sie Auskünfte nicht schuldhaft falsch erteilen dürfen (1).

§ 4 Das Zwangsverfahren nach § 35 Abs.5

1. Kommt der Gewerbetreibende der Anordnung der Verwaltungsbehörde nicht nach, dann kann die Behörde nach § 35 Abs.5 die Ausübung des Gewerbes mittels Schließung der Betriebs- und Geschäftsräume verhindern: die Untersagungsverfügung als belastender Verwaltungsakt kann im Zwangsverfahren durchgesetzt werden. Dabei kann unmittelbarer Zwang angewendet werden, z.B. durch Sperrung oder Versiegelung der Räume. Durch § 35 Abs.5 werden die zuständigen Behörden ermächtigt, mit den nach Landesrecht zulässigen polizeilichen Mitteln die Gewerbeuntersagung durchzusetzen. Diese Regelung entspricht § 15 Abs.2 (2).

2. Voraussetzung für die Anwendung des Verwaltungszwangs ist, daß eine aufschiebende Wirkung nicht eingetreten ist oder wieder weggefallen ist, sei es, weil kein Rechtsbehelf gegen die Untersagungsverfügung eingelegt wurde, sei es, weil die sofortige Vollziehung gemäß § 80 Abs.2 Nr.4 VwGO angeordnet wurde (3).

3. Zuständig für die Verwaltungszwangsmaßnahmen ist die gemäß § 35 Abs.7 für die Untersagung zuständige höhere Verwaltungsbehörde (4).

4. Bei Zuwiderhandlungen gegen eine Zwangsmaßnahme gemäß § 35 Abs.5 greift die Strafbestimmung des § 146 Abs.1 Nr.6 ein, denn wer sich der Anordnung nach § 35 Abs.5 widersetzt, verstößt zugleich gegen die nach § 35 Abs.1 ergangene Untersagungsverfügung (5). Einer besonderen Strafnorm hinsichtlich des § 35 Abs.5 bedurfte es daher nicht (6).

(1) Eyermann-Fröhler, aaO, § 35 RdNr.109.

(2) Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 57.Bd., 3.Wahlper., Drucks. 318, 19.

(3) Eyermann-Fröhler, aaO, § 35 RdNr.112.

(4) Eyermann-Fröhler, aaO, § 35 RdNr.112; a.A. Fuhr, aaO, § 35 Anm. 16 b).

(5) Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 57.Bd., 3.Wahlper., Drucks. 318, 30.

(6) Eyermann-Fröhler, aaO, § 35 RdNr.113.

5. Fuhr (1) äußert im Hinblick auf die unterschiedliche Strafandrohung in § 146 Abs.1 Nr.6 und § 147 Abs.1 Nr.1 verfassungsrechtliche Bedenken, nämlich Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz, Art.3 GG; § 146 Abs.1 Nr.6 sieht für den Fall der Zuwiderhandlung eine höhere Strafe vor - Geldstrafe von fünf- bis zehntausend Deutsche Mark und im Unvermögensfalle Gefängnis bis zu sechs Monaten. § 147 Abs.1 Nr.1 droht als Ersatzfreiheitsstrafe nur Haft an, wenn das erlaubnispflichtige Gewerbe trotz Zurücknahme der Gewerbeerlaubnis weiterbetrieben wird.

Die Abweichung ist sachlich jedoch noch zu rechtfertigen, die Fortsetzung eines untersagten Gewerbes ist gegenüber der unbefugten Ausübung eines genehmigungspflichtigen Gewerbes als der gravierendere Tatbestand anzusehen, denn § 146 Abs.1 Nr.6 stellt die festgestellte, § 147 Abs.1 Nr.1 die präsumtive Rechtsgütergefährdung unter Strafe (2).

§ 5 Die Rechtsbehelfe des Betroffenen

1. Da es sich bei der Gewerbeuntersagung um einen rechtsgestaltenden, belastenden, weil die Rechtsposition des Gewerbetreibenden verschlechternden Verwaltungsakt handelt, nämlich um das hoheitliche Handeln einer Behörde gegenüber einem bestimmten Personenkreis, welches geeignet ist, unmittelbar rechtserhebliche Wirkungen zu entfalten, ist der Verfahrensweg für den betroffenen Gewerbetreibenden klar vorgezeichnet.

2. Gemäß § 42 VwGO muß der Gewerbetreibende nach Vorschaltung des Widerspruchsverfahrens den Verwaltungsakt, in der Gestalt, den dieser durch das Widerspruchsverfahren erfahren hat, im Wege der Anfechtungsklage angreifen (3). Ziel dieser Anfechtungsklage ist die Aufhebung des behördlichen Bescheids.

3. Für die Entscheidung über Anfechtungsklagen ist nach Lehre und Rechtsprechung grundsätzlich der Sach- und Rechtszustand im Zeitpunkt des Erlasses des Verwaltungsaktes maßgeblich (4), die Rechtmäßigkeit der Untersa-

(1) Fuhr, aaO, § 35 Anm.20.

(2) Kienzle, aaO, S.47.

(3) Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar von E.Eyermann und L.Fröhler, 2.Aufl., München und Berlin 1960, § 113 RdNr.1.

(4) Fuhr, aaO, § 35 Anm.16;

OVG Münster vom 1.2.1961 (GewArch. 1964, 200).

gungsverfügung ist also nach der Rechts- und Sachlage im Zeitpunkt ihres Erlasses zu beurteilen. Das Bundesverwaltungsgericht führt hierzu in seiner Entscheidung vom 20.1.1961 (1) aus, daß nachträgliches ordnungsgemäßes Verhalten rechtlich bedeutungslos sei, weil nachträgliche Vorkommnisse zu Beweis Zwecken nur insoweit herangezogen werden können, als es sich um die Feststellung handelt, ob rückblickend im Zeitpunkt - hier der Entziehung der Fahrerlaubnis - die Eignung richtig beurteilt ist. Es komme darauf an, ob das Verhalten im fraglichen Zeitpunkt die Annahme begründet, daß der Betreffende als Unternehmer nicht mehr zuverlässig sei. Wollte man auf einen späteren Zeitpunkt als denjenigen der Rechts- und Sachlage zur Zeit des Erlasses des Verwaltungsaktes abstellen, würde die Arbeit der Behörden erschwert; sie müßten in vielen Fällen mit einer Aufhebung ihrer Entscheidung rechnen, wenn sich der Betroffene während des Rechtsmittelverfahrens vorschriftsgemäß verhält (2).

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz soll nach dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes vom 27.6.1961 (3) dann gelten, wenn die Untersagung auf den objektiven Sachverhalt der Leistungsunfähigkeit gestützt werde; hier sollen die im Laufe eines Rechtsstreits eingetretenen, tatsächlichen Änderungen in der wirtschaftlichen Lage des Betroffenen bei der Entscheidung berücksichtigt werden können.

Ist der Gewerbetreibende - von obigem Fall abgesehen - nach der Untersagungsverfügung wieder zuverlässig geworden, so wird das insofern berücksichtigt, als seinem Antrag auf Wiedergestattung stattzugeben ist.

(1) DVBl. 61, 631.

(2) GewArch. 1965, S.123.

(3) DVBl. 1961, 731.

III. KRITISCHER TEIL

Einleitung

1. Kritik, wissenschaftliche Kritik wird mehr als jede andere wissenschaftliche Haltung ihre Bedingungen angeben müssen. Historische Analyse wird von zeitgeschichtlichen Standpunkten nicht frei sein, unter besonderen Umständen kann sie daraus sogar ihre Berechtigung herleiten. Dogmatischer Analyse ist es erlaubt, immanent zu fragen und das dogmatische System selbst nicht in Frage zu stellen. Dies ist der geläufige Rahmen, in dem sie sich vollzieht und gerade aus dieser Beschränkung bezieht sie das Zwingende ihrer Schlüsse; Kritik hingegen muß ihre Voraussetzungen, ihren Ausgangspunkt sowohl wie ihr Ziel, ihren Standpunkt wie die Stelle, an der sie einsetzt, angeben. Vorausgesetzt wird die Rechtsordnung, kritisiert wird lediglich immanent in bezug auf das Rechtsinstitut der Gewerbeuntersagung im Hinblick auf seinen Realitäts- und seinen Systembezug. Es wird davon ausgegangen, daß eine solche Kritik möglich ist, und daß nur eine Kritik, die sich innerhalb einer Rechtsordnung bewegt, zu nachprüfbaren Ergebnissen führt. Ihr Ziel ist, die Bewährung und daraus ableitend die Brauchbarkeit des in Frage stehenden Rechtsinstituts zu untersuchen. Die Stellen, an denen die Kritik einsetzt, können nicht vielfältig genug gedacht werden, und sie werden von der Rechtswirklichkeit selbst bestimmt. Ihre Stellenvielfalt gilt es vorweg zu ordnen.

2. Die Anforderungen an die Nachprüfbarkeit verlangen eine detaillierte Gliederung, nach der vorgegangen werden soll. Vorausgesetzt und damit anzugeben ist eine bestimmte Gliederung dessen, was wir in einem weiteren und umfassenden Sinne Rechtsordnung nennen: Sie nimmt ihren konkreten Ausgang in der Wirklichkeit, an der sie als Rechtswirklichkeit partizipiert. Sie antwortet auf diesen Wirklichkeitsbereich mit Entscheidungen, die anhand oder mit Hilfe einer bestimmten Dogmatik ergehen. Diese Dogmatik stützt sich auf eine Rechtstheorie, welche die geistige Klammer für die Verbindung von Dogmatik, Justiz und Wirklichkeit liefert (1). Wir mußten daher unsere Kritik in die Wirklichkeits-, die Entscheidungs-, die Dogmatik- und die Theorieanalyse gliedern. Aus Gründen der Kürze befolgen wir hier jedoch eine Einteilung, die den Entscheidungsteil auf die Wirklichkeits- und auf die Dogmatikanalyse aufteilt und die Theorie als Annex der Dogmatik betrachtet.

(1) Dazu Ballweg, "Science, Prudence et Philosophie du Droit", in: ARSP Bd. LI, 1965, Heft 4, S. 554 ff.

3. Mit dieser in der Aufzählung befolgten Reihenfolge ist keine Wertung, z.B. der Präponderanz der Wirklichkeit verbunden; allerdings scheint eine gewisse Kenntnis der Wirklichkeit die Voraussetzung für die Beantwortung der Frage nach der Sachgerechtigkeit einer Norm zu sein.

Es gibt Situationen, in denen danach gefragt werden muß, ob ein Verhalten der Norm entspricht. Wir fragen jedoch danach, ob unsere fragliche Norm der Wirklichkeit entspricht, d.h. wir fragen nach der Bewährung und Brauchbarkeit einer Norm im Hinblick auf die Wirklichkeit, und aus diesem Grunde scheint es zulässig, mit der Analyse der Wirklichkeit zu beginnen.

1.Kapitel: Die Wirklichkeitsanalyse

Gerade angesichts der Wirklichkeit erhebt sich die Forderung der Beschränkung der Analyse auf den jeweiligen Bezug zur Gewerbeuntersagung. Der Rahmen dieser Arbeit legt eine solche Beschränkung auf. Auf der anderen Seite macht das Aufzeigen von Zusammenhängen den Sinn und Zweck eines Rechtsinstituts erst transparent; es wird daher eine Mitte der Darstellung angestrebt, Zusammenhänge werden insoweit erhellet, als sie einen unmittelbaren Bezug auf die Gewerbeuntersagung haben. Um der Klarheit willen treffen wir eine Gliederung der Wirklichkeit in politischer, sozialer und juristischer Hinsicht.

§ 1 Die politische Wirklichkeit

Die politische Wirklichkeit, soweit sie zum Verständnis der Gewerbeuntersagung beiträgt, kann formal unterteilt werden in die politische Praxis und die politischen Zielsetzungen.

1. Die hier interessierende politische Praxis verlegt sich auf die Frage der Beziehung von Politik und Gewerbe. Sie ist in dem weiten Feld der sogenannten Mittelstandspolitik zu sehen (1). Bereits im historischen Teil wurde dieser Aspekt deutlich gemacht. Für die Gegenwart besitzt dieses Schlagwort noch immer dieselbe Aktualität, die es im Verlauf seiner nunmehr hundertjährigen Geschichte gehabt hat. Es verfügt selbst im wissenschaftlichen Raum über eine

(1) Dieter Kappe, Die gewerbliche Mittelschicht in der Industriegesellschaft, in: Gegenwartskunde 1964, H.4, S.377 ff.

Ideologie der Aufhebung von Klassengegensätzen (1), woran diese Gesellschaftsgruppe mehr denn je ein Interesse hat, zumal die politische Meinungsbildung in den Parteien nur noch über mittelständische Meinungsträger verfügt (2).

Diese Situation war aber bereits bei Erlass des Grundgesetzes 1949 gegeben; deutlich zeigt sich die mittelstandspolitische Absicht des Gesetzgebers bei der dritten Lesung der Handwerksordnung 1953 in der Äußerung eines CDU-Vertreter: "Das Handwerk ist nun einmal keine Industrie im Kleinen, sondern etwas Eigenständiges, aus sich heraus Gewachsenes. Diese Eigenständigkeit des Handwerks ... verlangt auch eine eigene Ordnung. Sie verlangt Rücksichtnahme, Respektierung und Förderung, wenn sie nicht verloren gehen soll. Und darüber, ob unser deutsches Handwerk wegen seiner Bedeutung für das gesamte Volk unter allen Umständen erhalten werden muß, sind wir uns wohl alle einig." (3)

2. Die politischen Zielsetzungen des Mittelstandes sprechen für diese Auslegung der politischen Praxis. Sie kamen bereits zum Ausdruck bei der Abfassung des Grundgesetzes, wo man in historischer Entsprechung zu den mittelständischen Forderungen des Handwerkerparlaments von 1848 die Grundfreiheiten nur soweit wie im eigenen Interesse notwendig postulierte und auf eine ausdrückliche, verfassungsrechtliche Verankerung der Gewerbefreiheit verzichtete.

Inzwischen hat sich die "staatserhaltende Funktion des Mittelstandes" zu einer

- (1) H.Schelsky, Die Bedeutung des Klassenbegriffs für die Analyse unserer Gesellschaft, in: Auf der Suche nach Wirklichkeit, Gesammelte Aufsätze, Düsseldorf-Köln 1965, S.375: "Die Ideologisierung der Klassenlosigkeit ist die allgemeine soziale Hintergrundsideologie, die diese Differenzierung, Individualisierung und Privatisierung der sozialen Interessenlagen und der ihr zugehörenden sozialen Vorstellungen abstützt." Zur Problematik der Begriffe "Stand" und "Klasse" Gutersohn, aaO, S.298 ff.
- (2) Tuchtfeldt, aaO, S.76.
- (3) Verhandlungen des Dt. Bundestages, 1.Wahlp. 1949, Bd.15, 259.Sitzung am 26.3.1953, S.12546;
siehe auch Tuchtfeldt, aaO, S.77.

demokratischen Ideologie gemausert (1) und auch ihre verfassungsgerichtliche Anerkennung gefunden (2). Diese Zeitgemäßheit des Erscheinungsbildes darf nicht die Strukturähnlichkeiten vergessen lassen, wie sie zu den mittelständischen Forderungen des 19. Jahrhunderts und, wie Th. Geiger (3) gezeigt hat, zu denen der dreißiger Jahre des 20. Jahrhunderts bestehen (4).

§ 2 Die soziale Wirklichkeit

Die soziale Wirklichkeit bietet ein entsprechendes Bild. Dem erwähnten Verzicht auf verfassungsmäßige Positivierung der Gewerbefreiheit entspricht die "eigentümliche Enthaltensamkeit" (5) des Verfassungsgebers in Fragen einer Wirtschaftsverfassung (6).

1. Mit dem Begriff der "sozialen Marktwirtschaft" hat sich diese Gesellschaft ein wirtschaftliches Programm gegeben, das nach beiden Seiten, nach der wirtschaftlichen Freiheit und nach dem Dirigismus hin, offen ist. Am

- (1) Erhard, Das deutsche Handwerk im europäischen Markt, GewArch. 1962, 121; H. Schelsky, aaO, S. 374: "Während die anti-klassentheoretisch gedachte "Idee der Volksgemeinschaft" mit einer unverkennbaren egalitären Grundströmung die Bejahung des "Führerprinzips" und sonstiger elitärer Sozialgruppierungen vereinen konnte, ist die gegenwärtige Ideologisierung der Klassenlosigkeit in Westdeutschland stärker mit egalitär-demokratischen Normvorstellungen gekoppelt."
- (2) BVerfGE 13, 97.
- (3) Th. Geiger, Die Mittelstände im Zeichen des Nationalsozialismus, aus: Die soziale Schichtung des deutschen Volkes. Soziographischer Versuch auf statistischer Grundlage, 1932, in: Arbeiten zur Soziologie. Methode, Moderne Großgesellschaft, Rechtssoziologie, Ideologiekritik. Ausgewählt und eingeleitet von P. Trappe, Neuwied 1962, S. 351 ff.
- (4) H. Schelsky, aaO, S. 373: "In dieser Hinsicht ist die Ideologisierung der Klassenlosigkeit in unserer heutigen westdeutschen Gesellschaft funktional "Mittelstandsideologie" geblieben, auch wenn der Vorstellungsinhalt und die Begrifflichkeit dieses sozialen Bewußtseins gewechselt haben und von anderen analytischen Ursprungsarten her bezogen werden."
- (5) Huber, aaO, Bd. I, S. 30.
- (6) Zum Verhältnis von Wirtschafts- und politischer Verfassung unter Zugrundelegung der Schweizerischen Verhältnisse siehe Homburger, E., Handels- und Gewerbefreiheit und Vertragsfreiheit, Aarau 1948, S. 76.

ehesten läßt sich diese Wirtschaftsform auf den Begriff des Interventionismus bringen (1). Man wird darunter eine konkrete Ordnung (2) verstehen müssen, die als Mischform sich kaum systematisieren läßt, wie sich das bei einer reinen Wettbewerbs- oder bei einer reinen Planwirtschaft durchaus denken läßt. Von dieser Mischform her erklärt sich auch die Schwierigkeit einer normativen Wirtschaftsverfassung (3). Immerhin erlaubt diese Mischform durch ihre Offenheit eine Flexibilität, sozialen und politischen Forderungen zugänglich zu sein, man denke nur an den Schutz der Landwirtschaft, Vermögensbildung, europäische Wirtschaftsintegration etc. Das erleichtert allerdings nicht die Beinhaltung gewerberechtlicher Normierungen. Diese Wirtschaftsordnung läßt sich sicher nicht mit einer einzigen Zahl charakterisieren; immerhin liegt der Prozentsatz der Betriebe ohne Zugangsbeschränkungen heute um 12% höher als in der nationalsozialistischen Zeit (10%). Man muß sich dabei vergegenwärtigen, daß auch damals § 1 GewO nie außer Kraft gesetzt worden war. Der geringe Prozentsatz (damals 10%, heute 22%) von Gewerbebetrieben ohne Zugangsbeschränkungen gibt lediglich einen Hinweis auf das Verhältnis von Prinzip und Ausnahme, von postulierter Norm und rechtlicher Praxis.

2. Schließlich ist noch die Gesellschaftsordnung für die Einordnung des Gewerbes in die soziale Wirklichkeit heranzuziehen. Zwar erstreckt sich der Geltungsbereich des Gewerberechts auf nahezu sämtliche Formen gewerblicher Tätigkeit, also auch auf die kommerziellen und industriellen Tätigkeiten. Es fällt aber auf, daß die spezifisch gewerbepolitischen Forderungen nicht von der Industrie und nicht vom Handel vorgetragen wurden, sondern immer vom mittelständischen Kleingewerbe, oft genug mit deutlichem Ausfall gegen Industrie und Handel (4). Das ist ein Faktum, das die Frage nach der Gesellschaftsordnung nahelegt. Es wird auch in dem Zusammenhang mit der Frage nach dem tatsächlichen Geltungsbereich der Gewerbeordnung noch zu behandeln sein. Es besteht ein deutliches Spannungsverhältnis zwischen Mittelstand und Industriegesellschaft. Unter Industriegesellschaft ist dabei eine Gesellschaftsform zu verstehen, die von der industriellen Produktionsweite wesentlich geprägt ist; das schließt die Behauptung in sich, daß sie

(1) Küng, E., Der Interventionismus, Bern 1941, S. 2 f., 31 ff.

(2) Zu der in einer "Wirtschaftsordnung" positivierten Wirtschaftstheorie siehe Homburger, aaO, S. 61 ff.

(3) Huber, aaO, Bd. I, S. 30.

(4) v. Bary, Die Mittelstandsempfehlung im GWB und das Handwerk, Gew.-Arch. 1962, 193 ff. (194).

von der agrarischen oder der kleingewerblichen Produktionsweise nicht wesentlich geprägt ist.

Eine Wertung und Deutung der bestehenden gesellschaftlichen Situation ist hier nicht zu geben; es soll nur mit dem Bisherigen eine Diagnose bereitgehalten werden, die im folgenden vorausgesetzt werden muß. Dabei wird lediglich festgestellt, daß die heutige Gesellschaft am ehesten als Industriegesellschaft verstanden werden kann, daß die aus dieser Diagnose bezogenen Kategorien der Arbeit, des Kapitals, der zwischengesellschaftlichen Beziehungen, der Ausbildung etc. von dort ihre entsprechende Ausfüllung erhalten müssen und daß die ständischen, d.h. mittelständischen Vorstellungen hierzu nicht geeignet sind und das tatsächliche Bild der gesellschaftlichen Situation verzeichnen und die interessenbetonten Forderungen eines Standes, für dessen Beschreibung und Abgrenzung (auch im Recht) kaum noch hinreichende Kriterien vorhanden sind (1), zu einer Verzerrung der Strukturen der Gesellschaft führen (wobei hier die politische Absicht und das Interesse an dieser Verzerrung außer Betracht bleiben).

§ 3 Die juristische Wirklichkeit

Damit betreten wir einen Bereich der sozialen Wirklichkeit, der sich an rechtlichen Normen orientiert. Hier entsteht die Frage nach dem faktischen Geltungsbereich der Gewerbeordnung und inwieweit die Verwaltung hieran partizipiert.

1. Zwar beansprucht die Gewerbeordnung die Anwendbarkeit auf nahezu sämtliche Formen gewerblicher, d.h. auch kommerzieller und industrieller Tätigkeit. Wir haben aber bereits festgestellt, daß von den Initianten gewerberechtlicher Forderungen her gesehen die Gewerbeordnung für eine bestimmte Form gewerblicher Tätigkeit, nämlich die des Klein- und Mittelbetriebes gedacht ist (2). Bestimmte Gewerbe, z.B. die Wandergewerbe, sind auch kaum anders denn als Klein- und allenfalls Mittelgewerbe denkbar. Auch ist ein großer Teil der in der Gewerbeordnung verwendeten Begrifflichkeit auf die personbetonte Gewerbeausübung zugeschnitten und weniger auf den großen, anonym geführten Betrieb, auf die großen Gesellschaf-

(1) Wessels, Gewerbepolitik, in: Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, IV.Bd., Stuttgart, Tübingen, Göttingen 1965, S.518 ff.

(2) Fröhler, aaO, S.147.

ten und juristischen Personen. Man sieht daraus, daß dem Gesetzgeber bei der Abfassung dieser Vorschriften jeweils der Klein- und Mittelbetrieb vorschwebte. Eine solche Auffassung entspricht aber weithin nicht mehr der ökonomischen und technischen Situation der Gewerbebetriebe (1). Es würde zu weit führen, zu zeigen, wie fließend die Übergänge und wie willkürlich die Abgrenzungskriterien geworden sind. Trotzdem ist von diesen Veränderungen in der Gewerbeordnung wenig zu spüren, sie haben nicht vermocht, die Prägung der Begriffe zu beeinflussen; das Bild des an der Person des (handwerker-ähnlichen) Gewerbeausübenden orientierten Gewerbebetriebs herrscht vor: § 11 a etwa regelt die Haftung der Ehefrau, §§ 15 a ff. regeln die Firmenbezeichnung recht detailliert für Klein- und Mittelbetriebe, enthalten jedoch keine Regelung für Großbetriebe, d.h. in der Form der Aktiengesellschaft betriebene Firmen. Mit Ausnahme des § 16, dessen sachlicher Anwendungsbereich sich auf sämtliche Betriebsgrößen erstreckt und der auch mit der technischen Entwicklung Schritt gehalten hat, widmet die Gewerbeordnung ihre Aufmerksamkeit und Ausführlichkeit gerade den in ihrer wirtschaftlichen Bedeutung belanglosen Gewerben: z.B. den Seeschiffen, Seesteuerleuten, Maschinisten der Seedampfschiffe (!), Lotsen zur See und auf Flüssen (§ 31), den Schaustellern (§ 33 a), den Tanzveranstaltern (§ 33 c), Spielgeräteaustellern (§§ 33 d, 33 e, 33 f, 33 g, 33; Großbetriebe sind ausgenommen: § 33 h!), Pfandleihern, Gifthändlern, Markscheidern (§ 34), Bewachern (§ 34 a).

Auch die Form der Stellvertretung ist auf Betriebe kleineren Umfangs zugeschnitten, besonders in Zusammenhang mit den "Privilegien" für überlebende Ehegatten und minderjährige Erben, §§ 45, 46. Die Handwerksordnung zeigt ein entsprechendes Bild (2). Schließlich scheitert die gesetzgeberische Intention eines möglichst umfassenden Anwendungsbereiches an der Uneinheitlichkeit der Materie. Wollte man ein Schaubild der Geltung der Gewerbeordnung in ihrem Verhältnis zu den Spezialgesetzen geben, so ergäbe sich ein ähnlich buntes

-
- (1) Th. Wessels, Gewerbepolitik, in: Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, IV. Bd., Stuttgart, Tübingen, Göttingen 1965, S. 507-523 (S. 508 ff., 518 ff.).
- (2) Fröhler, Der Handwerksbegriff in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, GewArch. 1964, 145.
- Winter, Handwerk oder Industrie, Vernachlässigte Aspekte der Abgrenzung, GewArch. 1965, 1.
- Kreppner, Handwerk oder Industrie - Zählen nur Kleinbetriebe zum Handwerk?, Gew Arch. 1965, 49.

Bild, wie es die politische Landkarte zur Zeit des Duodezfürstentums geboten hat. Es fällt dabei nur auf, die die wirtschaftlich schwerwiegenden Bestimmungen in den Spezialgesetzen geregelt sind. Man kann nur immer wieder feststellen, wie schmal der Anwendungsbereich der Gewerbeordnung in der sozialen Wirklichkeit ist. Das hat auch seine Auswirkungen auf unsere spezielle Problematik des § 35. Zwar ist sein Anwendungsbereich durch die Erstreckung über die Gewerbeordnung hinaus auf die Handwerksordnung und das Einzelhandelsgesetz erweitert, durch die Verwendung des Begriffs der Unzuverlässigkeit knüpft er aber immer noch an persönliche Vorstellungen; daß diese Anknüpfung nach den heutigen Bedingungen nicht mehr angebracht ist, wird in der dogmatischen Analyse zu zeigen sein.

2. Zu untersuchen bleibt, wie weit die Gewerbebehörden an diesem schmalen Bereich der rechtlichen Wirklichkeit des Gewerberechts wirkend teilhaben. Bei der gegebenen gesetzlichen Grundlage dürfte auch die behördliche Gestaltungsfunktion nicht sehr groß sein. Die Behördenpraxis bestätigt die bisherigen Ausführungen, die Gewerbebehörden sind, was § 35 anbetrifft, so gut wie ausschließlich mit der Untersagung von Klein- und Mittelbetrieben befaßt, die überwiegend Randerscheinungen des Gewerbelebens darstellen. Dabei beklagen die Behörden, daß sie de facto zu Vollzugsorganen, zu besseren Hilfskräften der allgemeinen Ortskrankenkassen, der Berufsgenossenschaften und Finanzämter werden, die sich bei ausstehenden Beitrags- oder Steuerzahlungen mit dem Begehren auf Gewerbeuntersagung "wegen Unzuverlässigkeit" an diese wenden. Die Wirksamkeit der behördlichen Maßnahmen ist ohnedies gering wegen fehlender Kontrollmöglichkeiten mangels eines ausreichenden Außendienstes. Oft übt der zu belangende Gewerbetreibende sein zweites und drittes Gewerbe aus, bis eine Untersagung wegen des zuerst ausgeübten ausgesprochen werden kann. Besonders kompliziert ist dabei die Überprüfung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung, diese Rechtsform begünstigt geradezu betrügerische Machenschaften und Umgehung der gewerberechtlichen Vorschriften. Durch einen gut funktionierenden Außendienst könnte die Überprüfung der Befolgung behördlicher Anordnungen und die Beweglichkeit der Verwaltungsorgane erheblich gesteigert werden. Gerade im Falle der Untersagung von Kleinbetrieben kann der recht "beweglichen" Umgehung von Untersagungsakten durch die Betroffenen nur durch eine entsprechende Beweglichkeit der Behörde gesteuert werden.

3. Die gerichtlichen Entscheidungen (Oberverwaltungsgerichte, Bundesverwaltungsgericht) behandeln ebenfalls so gut wie ausschließlich nur Fälle, die

unter folgende Gruppen zu bringen sind:

- a) Untersagung von Kleinbetrieben wegen Unzuverlässigkeit infolge Nichtbezahlung von Sozialversicherungsbeiträgen,
- b) Untersagung von Kleinbetrieben wegen Unzuverlässigkeit infolge Nichtbezahlung von Steuern,
- c) Untersagung von Kleinbetrieben wegen Unzuverlässigkeit auf Grund strafrechtlich relevanten Verhaltens.

Sämtliche Fälle sind von ihrer wirtschaftlichen Dimension her betrachtet Bagatellfälle. Sie bieten in ihren Begründungen keinen Anlaß einer dogmatischen Analyse. Anders verhält es sich bei der Praxis des Bundesverfassungsgerichts. Die Untersuchung dieser Entscheidungen erfolgt daher im nächsten Kapitel. Da aus der besonderen Stellung des Bundesverfassungsgerichts als Hüter und Garant der Verfassung nicht nur die Überprüfung der Gesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit, sondern auch die Entfaltung und Ausführung der herrschenden Staats- und Gesellschaftstheorie von diesem Gericht zu erwarten ist, erfolgt die Darstellung am Ende des dogmatischen Teils. Die in den Entscheidungen zum Ausdruck kommende Ideologie wird verstanden als eine die Dogmatik stützende "Theorie mit sozialer Funktion" (Viehweg) (1).

2. Kapitel: Die Dogmatikanalyse

"Die Gewerbeordnung hat ihre einstige Monopolstellung als sedes materiae der zur Regelung des Wirtschaftslebens bestimmten öffentlichrechtlichen Rechtsnormen verloren. Sie ist durch eine große Anzahl anderer Gesetze entthront worden." (2). Ausgehend von dieser Feststellung fragen wir nach den dogmatischen Konsequenzen, d.h. danach, wie weit die Gewerbeordnung, ihre Be-

-
- (1) Dazu ders., Über den Zusammenhang zwischen Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtsdogmatik, in: Estudios Juridico-Sociales. Homenaje al Profesor Luis Legaz y Lacambra, Santiago de Compostela 1960, Bd.1, S.203 ff.; ferner Leszek Kolakowski, Der Mensch ohne Alternative. Von der Möglichkeit und Unmöglichkeit, Marxist zu sein. München 1961, S.24.
 - (2) Michel, Wirtschaftspolitik und Gewerberecht, GewArch. 1965, 2.

grifflichkeit und im besonderen der Begriff der Gewerbeuntersagung dieser Entwicklung im Gewerberecht Rechnung getragen hat.

§ 1 Die Anwendbarkeit und Begrifflichkeit der Gewerbeordnung

Die Gewerbeordnung beansprucht einen Anwendungsbereich, den sie faktisch nicht hat. Sie trifft nur die Klein- und Mittelbetriebe. Eine Ausnahme stellt im besonderen § 16 dar, weil seine Kriterien für alle Gewerbebetriebe gelten, und er nicht auf den vom Gewerbetreibenden persönlich betriebenen und geführten Betrieb zugeschnitten ist.

Die Verschiedenheit der geregelten Materien ist ein weiterer Grund dafür, daß eine geschlossene Regelung durch eine Gewerbeordnung - zumindest alten Stils - nicht mehr möglich ist, und es bestehen Zweifel an dem Satz: "Es kann nicht bezweifelt werden, daß der Wunsch nach einem die vielen Sonderregelungen zusammenfassenden gewerberechtlichen Grundgesetz (also eine neue Gewerbeordnung) sehr viel Berechtigung hat." (1)

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht und Arbeitsrecht haben bereits wichtige Gebiete des Gewerberechts an sich gezogen, und man kann sich kaum sachliche Gründe für eine Rückführung denken. Es wäre daran zu denken, daß das Sozialrecht ein übriges tut, auch wäre im Interesse der Bildungs-, Berufs- und Erziehungspolitik zu wünschen, daß der Gesetzgeber eines Tages in einem allgemeinen Ausbildungsgesetz jenen Teil des Gewerberechts, der sich mit Ausbildungsfragen befaßt, zugunsten einer generellen Regelung des beruflichen Ausbildungswesens herauslöst zum Zwecke richtiger thematischer Zuordnung. Die hiergegen von den Gewerbetreibenden immer wieder vorgebrachte Behauptung, das Gewerbe und insbesondere das Handwerk sichere den Nachwuchs der gesamten gewerblichen Wirtschaft, würde durch ein solches Gesetz die notwendige Korrektur erfahren. Das Überwechseln von Handwerkern in die Industrie ist unter dem Stichwort "Abwanderung" zu sehen und stellt eine von den Klein- und Mittelgewerbetreibenden keineswegs gewünschte berufliche Freizügigkeit dar. Wie wenig Klein- und Mittelbetriebe zur Ausbildung des Nachwuchses beitragen, beweisen die eigenen Ausbildungsstätten großer Betriebe, die solchen Betrieben zur Verfügung stehenden größeren materiellen Mittel und technischen Einrichtungen und der personelle Aufwand geschulter Ausbilder.

(1) Rother, aaO, S.146 II.

§ 2 Die Praktikabilität und Bewährung des § 35 GewO

Der Begriff der Gewerbeuntersagung hat sich in seiner wechselvollen Geschichte noch nicht von ständerechtlichen Vorstellungen lösen können. Zwar sehen wir im Laufe seiner Geschichte einige Ansätze zu seiner Objektivierung, und die Neufassung von § 35 im Jahre 1960 hat eine vorletzte Stufe der Objektivierung gebracht. § 16 war uns ein Beispiel einer sachgerechten gelungenen Objektivierung eines gewerberechtlichen Tatbestandes. Als zusätzliches Erfordernis findet sich diese von uns angestrebte Objektivierung bereits in § 35, man muß sie nur zur einzigen machen. Solange der Begriff der Unzuverlässigkeit neben der abstrakten Gefährdung der in § 35 aufgeführten Rechtsgüter beibehalten wird, bleibt immer der Bezug auf die Person, auf den persönlich geführten Gewerbebetrieb, der Zuschnitt auf den Klein- und Mittelbetrieb. Ein Blick in die Gerichtspraxis genügt. Man würde aber den Klein- und Mittelbetrieben Unrecht tun, wenn man daraus, daß nur Fälle der Unzuverlässigkeit aus ihren Kreisen behörden- und gerichtskundig werden, schließen wollte, in Großbetrieben gäbe es solche Fälle nicht. Es ist daher eine Formulierung anzustreben, die eine möglichst präzise Fassung eines möglichst objektiven Tatbestandes mit einem möglichst weitgehenden Anwendungsbereich verbindet; unter Beachtung dieser drei Kriterien wird daher vorgeschlagen:

"Die Ausübung eines Gewerbes ist ganz oder teilweise auf Zeit oder Dauer zu untersagen, wenn Tatsachen in bezug auf das Gewerbe vorliegen, aus denen hervorgeht, daß die weitere Ausübung des Gewerbes eine Gefährdung des Lebens, der Gesundheit, der Freiheit, der Sittlichkeit, des Eigentums oder des Vermögens Dritter oder der Allgemeinheit mit sich bringt und diesen Gefährdungen nur durch eine Gewerbeuntersagung begegnet werden kann."

Bei dieser Formulierung entfallen nicht nur die Auslegungsschwierigkeiten, mit welchem Rechtsgehalt der Begriff der Unzuverlässigkeit auszufüllen sei, sondern es erübrigen sich auch die Ausführungen darüber, ob Unzuverlässigkeit einen Charaktermangel bedeutet oder nicht (1), oder wie das Verhalten dritter Personen unter den Unzuverlässigkeitsbegriff zu bringen ist, und es wird Mißverständnissen vorgebeugt, die sich aus der Übernahme von Rechtsprechung zum Begriff der Unzuverlässigkeit in anderen Gesetzen ergeben, denn der Begriff der Unzuverlässigkeit wird in den verschiedenen Gesetzen nicht einheitlich gebraucht (2); entscheidend ist jetzt, daß Tatsachen jedwelcher

(1) Eyermann-Fröhler, aaO, § 35, RdNr. 25.

(2) Eyermann-Fröhler, aaO, § 35, RdNr. 24.

Art vorliegen, die eine Gefährdung der genannten Rechtsgüter der Allgemeinheit und Dritter bedeuten.

Mit dieser vorgeschlagenen Formulierung des § 35 wurde versucht, eine Antwort auf die Frage nach der Brauchbarkeit und der Bewährung zu geben. Sie soll nicht einfach verneint werden, sie wird vielmehr insoweit bejaht, als die Praktikabilität des § 35 noch gesteigert werden kann. Die vorgeschlagene Formulierung arbeitet im wesentlichen mit einer Verkürzung des Gesetzestextes. Dabei zeigt sich, daß der Text durch die Kürzung an Genauigkeit gewinnt. Als unbeabsichtigte Nebenwirkung ist des weiteren zu hoffen, daß mit dem Verzicht auf den Begriff der Unzuverlässigkeit auch einer eventuellen künftigen politisch bedingten Ausuferung der Unzuverlässigkeit, wenn auch nicht gesteuert, so doch die gesetzliche Grundlage entzogen wird. Für die Anwendung des § 35 durch die Behörden wäre durch die Loslösung des § 35 von der "Personenbezogenheit" zu erwarten, daß die Gewerbeuntersagung nach § 35 in praxi nicht vorwiegend mit der Feststellung der Unzuverlässigkeit anhand von Strafregistrauszügen begründet wird. Für die Gerichtspraxis wäre zu hoffen, daß mit dem Verzicht auf die Unzuverlässigkeit auch Formulierungen wie folgende nicht mehr verwendet werden: "Die Gewerbeuntersagung bezweckt, solche Personen aus dem Geschäftsleben auszumerzen (!), deren selbständige gewerbliche Betätigung eine Gefahr für die Allgemeinheit bedeutet." (1)

§ 3 Die Unzuverlässigkeit und Gefährdung in ihrem gegenseitigen Verhältnis

Es muß auch bei der vorgeschlagenen Formulierung gesehen werden, daß der verkürzte Bezug von Tatsachen und Gefährdungen die letzte Stringenz insoweit vermissen läßt, als nur die abstrakte Gefahr gemeint ist. Sicher wäre eine weitere Präzisierung durch Einengung auf die konkrete Gefahr denkbar: "...zu untersagen, wenn die weitere Ausübung des Gewerbes die Rechtsgüter ... gefährdet." Diese Formulierung würde jedoch zu einer untragbaren Beschränkung des faktischen Anwendungsbereiches führen, und außerdem durch den Verzicht auf das "Vorliegen von Tatsachen" den Wertungsbereich auf Kosten des Tatsachenbereiches ausdehnen. Das Gegenteil wird aber angestrebt. Außerdem fiel dann § 35 tatsächlich "in den Rahmen der Gesetze,

(1) BVerwG v. 21.7.1964, GewArch.1965, S.8/9.

die auf dem Gebiet der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zum Schutze der Allgemeinheit und des einzelnen erlassen werden" (1).

Bei der vorgeschlagenen Formulierung des § 35 würde sich im Vergleich zur bisherigen Regelung in bezug auf Art. 12 GG nichts ändern (2): Die vorgeschlagene Formulierung enthält ebenfalls eine subjektive Zulassungsbeschränkung, uns zwar aus folgenden Gründen: Sowohl die bisherige Formulierung, "wenn Tatsachen Vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden oder einer mit der Leitung des Betriebes beauftragten Person in bezug auf dieses Gewerbe dartun, sofern die weitere Ausübung des Gewerbes für die Allgemeinheit ... eine Gefährdung des Lebens etc. ... mit sich bringt", wie die vorgeschlagene Formulierung, "wenn Tatsachen in bezug auf das Gewerbe vorliegen, aus denen hervorgeht, daß die weitere Ausübung des Gewerbes eine Gefährdung des Lebens etc. mit sich bringt", beinhalten dieselbe gedachte Kausalverbindung zwischen Tatsachen und Gefährdung und denselben Gefahrbegriff. "Zu den Tatsachen, aus denen die Unzuverlässigkeit resultiert, muß also stets über das Medium der gewerblichen Betätigung eine kausale Verbindung zu den Schutzgütern des § 35 Abs. 1 hergestellt werden." (3) Aus den Tatsachen wurden also bislang zwei Dinge abgeleitet: einerseits mußte aus ihnen die Unzuverlässigkeit "resultieren", zum anderen mußte von ihnen aus "eine kausale Verbindung zu den Schutzgütern des § 35" hergestellt werden, genauer, zu der künftigen ("bei weiterer Ausübung des Gewerbebetriebs...") Gefährdung dieser Güter. Die erste Ableitung entfällt mit der vorgeschlagenen Regelung und damit auch der Fall, daß "der Gewerbetreibende zwar infolge einer Tatsache persönlich als unzuverlässig erscheint, ... aber keine unmittelbare Gefährdung eines dieser Schutzgüter dargetan ist". Es könnte nun von vorneherein keine Untersagung ausgesprochen werden, während die bestehende Regelung nur zeigt, die die Unzuverlässigkeit neben der Gefährdung nur eine sekundäre Rolle spielt (4). Entscheidend dafür, daß § 35 in der vorgeschlagenen Form seinen Charakter einer subjektiven Zulassungsbeschränkung behalten würde, ist aber die kausale Verbindung, die zwischen den Tatsachen und den Schutzgütern, genauer der Gefährdung dieser Schutzgüter, herzustellen

(1) W. Orlop, Die Berücksichtigung von Tatsachen bei der Gewerbeuntersagung, die vor der Neufassung des § 35 GewO liegen, GewArch. 1965, 121 ff.

(2) Anders Orlop, aaO, S. 121.

(3) Eyermann-Fröhler, aaO, § 35 RdNr. 54.

(4) Orlop, aaO, S. 121.

len ist. Sie besteht nämlich de facto noch nicht, sie wird lediglich gedacht. Sie kann auch nicht bestehen, denn es handelt sich um eine künftige, abstrakte Gefahr, zu der von den vorliegenden Tatsachen aus eine gedachte Kausalverbindung hergestellt werden muß. Es ist nicht notwendig, daß zwischen den Tatsachen und der Gefährdung einerseits und zwischen den Tatsachen und den Rechtsgütern andererseits ein unmittelbarer Kausalzusammenhang bestehen müßte. "Es genügt vielmehr, daß aus einer bestimmten Tatsache auf ein bestimmtes Verhalten geschlossen werden muß, das wiederum eine Gefährdung dieser Güter nach sich zieht" (1). Der Gewerbetreibende behält also nach wie vor seine Einwirkungsmöglichkeit auf den Kausalverlauf. Er selbst setzt die Bedingungen für den weiteren Verlauf. Es ändert sich also nichts am Charakter der subjektiven Zulassungsbeschränkung. "Dieser Schluß" von den Tatsachen auf die Gefährdung (2) "muß" und darf "nicht zwingend sein im Sinne einer absoluten Notwendigkeit" (3), denn sonst muß entweder das schon eingetretene Bestehen der abstrakten Gefahr oder eben das Vorliegen einer konkreten Gefahr angenommen werden. Dann aber läge § 35 in der bestehenden oder vorgeschlagenen Fassung tatsächlich "im Rahmen der Gesetze, die auf dem Gebiet der öffentlichen Ordnung und Sicherheit zum Schutze der Allgemeinheit und des einzelnen erlassen werden" (4). Erst dann träfe es zu, daß § 35 in der bestehenden (oder vorgeschlagenen) Fassung eine bloße Ausübungsregelung darstellt. Dies ist aber, wie ausgeführt, bei der Fassung des Gefährdungsbegriffs im Sinne einer künftigen, abstrakten Gefahr de lege lata und de lege ferenda ausgeschlossen. Dieser Gefahrbegriff begnügt sich einerseits nicht mit der bloßen Möglichkeit der Gefährdung, andererseits ist "ausreichend und notwendig, daß ein solches Verhalten mit der Folge der Gefährdung nach der Lebenserfahrung wahrscheinlich ist" (5).

§ 4 Die Generalität und Kasuistik der Gewerbeuntersagung

Von den vorhergehenden Überlegungen unberührt blieb die gesetzestechische Frage der generellen oder kasuistischen Formulierung des Untersagungstatbestandes. Wir gehen von der Absicht des Gesetzgebers aus. Nach der Fassung des § 35 n.F. muß man annehmen, daß er die enumerative Formulierung

(1) Eyermann-Fröhler, aaO, § 35 RdNr. 54.

(2) Eyermann-Fröhler, aaO, § 35 RdNr. 54.

(3) Eyermann-Fröhler, aaO, § 35 RdNr. 54.

(4) Orlop, aaO, S. 121.

(5) Eyermann-Fröhler, aaO, § 35 RdNr. 54.

des früheren Paragraphen durch die generelle ablösen wollte; zwar spricht er von der neuen Fassung als einer "Generalklausel" (1), es kann aber nur die generelle Formulierung gemeint sein.

Stellen wir die Frage nach der Präzision, der Objektivierung und der Allgemeinheit der neuen Fassung von 1960, so ist eine Steigerung der Genauigkeit anzunehmen. Zwar erscheint es möglich, wie bereits gezeigt wurde, die Genauigkeit des § 35 durch Verzicht auf die Unzuverlässigkeit zu verbessern. De lege lata hat im Rahmen des Möglichen der Verzicht auf die Aufzählung verschiedener Gewerbearten durch die übersichtliche Kürze den Gesetzestext präzisiert.

Die Objektivierung des § 35 n.F. kann in dem Ausschluß des Willkürmoments gesehen werden, das in der historisch entstandenen, sachlich recht ungleichwertigen Aufzählung lag.

Die erstrebenswerte Ausdehnung des Anwendungsbereiches ist wohl der augenfälligste Effekt. Auch eine stark erweiterte Enumeration hätte nicht dieselbe Wirkung haben können. Lückenlösigkeit in der Erfassung eines Rechtsgebiets, das einem steten strukturellen Wandel unterworfen ist, kann nur mittels einer generellen Abfassung des Gesetzestextes erzielt werden. Es war daher auch möglich, eine Reihe von Vorschriften aufzuheben, Art.II Nr.1-6 der 4.Novelle zur Änderung der Gewerbeordnung:

1. Die Verordnung über Handelsbeschränkungen vom 13.7.1923 in der Fassung der Verordnung v. 26.6.24, des Gesetzes v. 19.7.26, des Lebensmittelgesetzes vom 5.7.27 und des Gesetzes vom 22.3.34 und 19.12.35 (RGBI.1923 I, S.706, 1924 I, S.661, 1926 I, S.413, 1927 I, S.134, 1934 I, S.213, 1935 I, S.1516).
2. Das Gesetz über die Ausübung der Reisevermittlung vom 26.1.37 (RGBI. I, S.31).
3. Die Durchführungsverordnung zum Gesetz über die Ausübung der Reisevermittlung v. 22.2.37 (RGBI.I, S.336) in der Fassung der Verordnung v. 30.1.41 (RGBI. I, S.87).
4. Das Gesetz zur Beseitigung von Mißständen im Auskunfts- und Detektivgewerbe v. 1.2.39 (RGBI.I, S.266).

(1) Verhandlungen des Dt.Bundestages, 3.Wahlp., 64.Bd., zu Drucks. Nr. 1304, S.4.

5. Die Erste Durchführungsverordnung zum Gesetz zur Beseitigung von Mißständen im Auskunfts- und Detektivgewerbe v. 20.2.39 (RGBl.I, S.277).
6. Das Gesetz des Landes Niedersachsen über die Zulassung und Schließung von Gewerbebetrieben (Gewerbezulassungsgesetz) v. 29.12.48 (Niedersächs.Gesetz- und Verordnungsblatt, S.188), soweit es nicht bereits aufgehoben war, mit den zu seiner Durchführung ergangenen Rechtsvorschriften.

Anhand der geprüften Kriterien der Genauigkeit, Objektivierung und Allgemeinheit kann nun auch ein theoretisches Urteil über die Praktikabilität in gesetzestechnischer Hinsicht getroffen werden. Entgegen herkömmlicher Ansicht vermittelt die generelle Regelung oft eine größere Praktikabilität als die enumerative, die eine kasuistische Sachnähe vortäuscht. Ihr gegenüber ist die generelle Formulierung anpassungsfähiger. Eventuelle Bedenken aus rechtsstaatlichen Gründen sind durch die durchgängig restriktive Formulierung des § 35 aufgefangen.

§ 5 Schluß

Am jeweiligen Ort (historisch, dogmatisch, kritisch) wurde versucht, den § 35 GewO aus den jeweiligen Zusammenhängen zu verstehen. Die einzelnen Analysen haben gezeigt, daß die bestehende Fassung aus der Ideologie einer sozialen Schicht, eben der Gewerbetreibenden, zu verstehen ist, insbesondere aus der Geschichte der letzten hundert Jahre. Die politischen und juristischen Verlautbarungen dieser mittelständischen Gruppe weisen eine Gleichartigkeit auf, die den eindeutig ideologischen Charakter dieser Forderungen erkennen läßt; diese Gleichartigkeit konnte sich trotz aller politischen Veränderungen behaupten, weil sie durch einen sich gleichbleibenden Anlaß bedingt war, nämlich das Aufgehen dieser sozialen Gruppe in der industriellen Gesellschaft. Betrachtet man die Gewerbepolitik der letzten hundert Jahre, dann muß man sie als eine Weigerung verstehen, diesen Vorgang zu akzeptieren. Von daher bekommt das Gewerberecht seine besondere Aktualität und nur hieraus sind bestimmte gesetzgeberische Reaktionen zu verstehen. Diese Abwehrreaktionen finden sich auch in der Rechtsprechung und zwar unter bereitwilliger Übernahme dieser Ideologie einer bestimmten sozialen Gruppe. So machte sich das Bundesverfassungsgericht den "Standpunkt einer auf den Schutz des Mittelstandes durch Erhaltung einer möglichst großen Zahl selbständiger Unternehmen bedachten Wirtschafts- und Gesell-

schaftspolitik" zu eigen (1) und setzte z.B. für die Handwerksordnung "die Zustimmung der öffentlichen Meinung" für den Gesetzgeber einfach voraus. Auch übernimmt es die Eigenwertung dieser Gruppe, wenn es meint: "In all dem liegen - wirtschaftlich und psychologisch - bedeutsame Elemente sozialer Stabilität, deren Stärkung ein legitimes Ziel staatlicher Gesetzgebung ist." (2) In den redaktionellen Leitsätzen des "Lüth-Urteils" stellte das Gericht noch fest, daß sich "in den Grundrechtsbestimmungen des Grundgesetzes ... aber auch eine objektive Wertordnung (verkörpere), die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gilt" (3). Von diesem "richtungweisenden" Satz her stimmen wir ein in die Mahnung: "Jede Maßnahme der Mittelstandspolitik, besonders wenn sie die Gesetzgebung zu Hilfe nimmt und sich zu einer Norm des Gewerberechts verdichten will, muß im Zusammenhang mit der Gesamtordnung gesehen werden. Keine Maßnahme, einerlei ob im Gesetz oder in einem Verwaltungsakt, darf die Förderung einer Gruppe wirtschaftlich tätiger Menschen, auch wenn es sich um den Mittelstand handelt, als Zweck an sich beinhalten. Sie muß das Wahl und das Interesse der Allgemeinheit ebenso im Auge haben wie jede andere staatliche Maßnahme der Gesetzgebung." (4).

(1) BVerfGE 13, 111.

(2) BVerfGE 13, 112. Siehe dazu auch Rupp, Das Grundrecht der Berufsfreiheit, NJW 1965, 993 ff.

(3) BVerfGE 7, 198.

(4) E.Michel, Wirtschaftspolitik und Gewerberecht, GewArch. 1957, S.1 ff. (3/4).

AN H A N G

Die allgemeine Gewerbeordnung vom 17.1.1845, erläutert durch Hinweisung auf deren Ergänzungen und Abänderungen und zusammengestellt mit den Gesetzen und Verordnungen, welche in gewerbepolizeilicher Hinsicht neben der allgemeinen Gewerbeordnung zur Anwendung kommen, von Aster, Geh.Oberregierungsrat. Berlin im August 1865. Verlag der Königlichen Geheimen Oberhofdruckerei (R.v.Decker).

GS S.41.

Wir Friedrich Wilhelm, von Gottes Gnaden, König von Preußen etc. haben die in den verschiedenen Landesteilen bestehenden Vorschriften über den Gewerbebetrieb einer Revision unterworfen und verordnen auf den Antrag unseres Staatsministeriums, nach Anhörung Unserer getreuen Stände und nach vernommenen Gutachten Unseres Staatsraths, für den ganzen Umfang der Monarchie, was folgt:

Titel I

Aufhebung bestehender Beschränkungen des Gewerbebetriebes

Titel II

Bedingungen des Gewerbebetriebes ...

...

§ 21: Wer wegen eines von ehrloser Gesinnung zeugenden Verbrechens, insbesondere wegen Meineids, Raubes, Diebstahls oder Betruges verurteilt worden, bedarf zum Beginn eines jeden selbständigen Gewerbebetriebes, derjenige aber, welchem der Betrieb eines bestimmten Gewerbes durch richterliches Erkenntnis untersagt worden ist, zum Beginn des selbständigen Betriebes eines anderen verwandten Gewerbes der besonderen Erlaubnis der Polizeiobrigkeit des Ortes. Diese Erlaubnis ist zu versagen, wenn nach der Eigentümlichkeit des Gewerbebetriebes und nach der Persönlichkeit des Antragenden ein Mißbrauch zu besorgen ist, oder durch den beabsichtigten Gewerbebetrieb der Zweck des Straf-Erkenntnisses vereitelt werden würde.

§ 21 i.d.F. v. 22.6.1861: Derjenige, welchem der Betrieb eines bestimmten Gewerbes durch richterliche Erkenntnis untersagt worden ist, bedarf zum Beginn des selbständigen Betriebes eines anderen verwandten Gewerbes der besonderen Erlaubnis der Polizei-Obrigkeit des Orts. Die Erlaubnis ist zu versa-

gen, wenn durch den beabsichtigten Gewerbebetrieb der Zweck des Straferkenntnisses vereitelt werden würde.

Diese Vorschrift findet auch Anwendung auf die Ehefrauen solcher Personen, ihre noch unter väterlicher Gewalt stehenden Kinder, ihre Dienstboten und anderen Mitglieder ihres Hausstandes.

...

§ 40: Einer besonderen Beschränkung mit Rücksicht auf die örtliche Lage sind ferner unterworfen:

a. Tanz- und Fechtschulen, sowie Turn- und Badeanstalten; zur Errichtung oder Verlegung derselben ist eine polizeiliche Genehmigung erforderlich, welche in den Städten bei der Polizei-Obrigkeit, auf dem Lande unter Vorlegung eines Attestes der Polizei-Obrigkeit bei dem Landrate nachzusuchen ist, und erst dann erteilt werden darf, wenn sich die Behörde von der Angemessenheit des Lokals und der beabsichtigten Einrichtung überzeugt hat;

b. Die Errichtung oder Verlegung der Betriebsstätte solcher Gewerbe, deren Ausübung mit ungewöhnlichem Geräusch verbunden ist ...

§ 49: Schlossern, Pfandleihern, sowie denjenigen, welche mit gebrauchten Kleidern oder Betten, mit gebrauchter Wäsche oder altem Metallgerät, mit Schießpulver oder Giften handeln, ferner denjenigen, welche aus der Vermittlung von Geschäften oder der Übernahme von Aufträgen, namentlich aus der Abfassung schriftlicher Aufsätze für andere, ein Gewerbe machen, oder möblierte Zimmer oder Schlafstellen gewerbsweise vermieten, Kammerjägern, Lohnlakaien und anderen Personen, welche auf öffentlichen Straßen und Plätzen oder in Wirtshäusern, ihre Dienste anbieten, ingleichen denen, welche auf öffentlichen Straßen und Plätzen Wagen, Pferde, Sänften, Gondeln und andere Transportmittel zu Jedermanns Gebrauch bereit halten, ist der Gewerbebetrieb erst dann, wenn sich die Behörden von ihrer Unbescholtenheit überzeugt haben, zu gestatten.

Diese Erlaubnis ist in den Städten bei der Polizei-Obrigkeit, auf dem Lande unter Vorlegung eines Attestes der Polizei-Obrigkeit bei dem Landrat nachzusuchen.

§ 49 i.d.F. durch das Gesetz vom 22.6.1861:

Denjenigen, welche Gifte feilhalten, Kammerjägern, Pfandleihern, denjenigen, welche den Handel mit gebrauchten Kleidern, gebrauchten Betten oder gebrauchter Wäsche oder den Kleinhandel mit altem Metallgerät oder Metallbruch betreiben (Trödlern), oder mit Garnabfällen, Enden oder Dräumen von

Seide, Wolle, Baumwolle oder Leinen handeln wollen, und Personen, welche auf öffentlichen Straßen und Plätzen ihre Dienste anbieten oder auf solchen Straßen und Plätzen Wagen, Pferde, Sänften, Gondeln und andere Transportmittel zu Jedermanns Gebrauch bereit halten wollen, ist der Beginn des Gewerbebetriebes erst dann zu gestatten, wenn sich die Behörden von ihrer Zuverlässigkeit in Beziehung auf den beabsichtigten Gewerbebetrieb überzeugt haben. Dasselbe gilt hinsichtlich derjenigen, welche aus der Vermittlung von Geschäften oder der Übernahme von Aufträgen, namentlich aus der Abfassung schriftlicher Aufsätze für andere ein Gewerbe machen, wohin jedoch die Agenten und Unter-Agenten für Versicherungsanstalten nicht zu rechnen sind.

Diese Erlaubnis ...

Kirkular-Verfügung an sämtliche Königlichen Regierungen (excl. der Königl. Regierung zu Sigmaringen) und an das Königl. Polizei-Präsidium in Berlin, betreffend die Ausführung des Gesetzes vom 22.6.1861. (Minist.Blatt für die innere Verwaltung, S.134)

6. Für den Betrieb der im Artikel I § 49 des Gesetzes vom 22.v.M. bezeichneten Gewerbe ist zwar das Erfordernis einer besonderen polizeilichen Erlaubnis beibehalten. Die Voraussetzungen, an welche die Erteilung der letzteren nach den bisherigen Vorschriften geknüpft war, sind aber nach zwei Seiten hin modifiziert worden.

Einerseits sollen die Behörden nach § 49 aaO die Erteilung der Erlaubnis nicht mehr von der, im § 49 der Gewerbeordnung erforderten "Unbescholtenheit und Zuverlässigkeit" des Antragstellers, sondern von seiner "Unzuverlässigkeit in Beziehung auf den beabsichtigten Gewerbebetrieb" abhängig machen. Dieser Änderung der früheren Bestimmungen liegt die Absicht zu Grunde, das Erfordernis der Befähigung für den betreffenden Gewerbebetrieb nur von denjenigen Eigenschaften abhängig zu machen, welche für die in Betracht kommenden sicherheits- und gewerbepolizeilichen Interessen von unmittelbarem Belang sind, indem sie die geschäftliche Zuverlässigkeit in Beziehung auf das zu betreibende Gewerbe bedingen. Wo diese Eigenschaften vorhanden sind, darf die nachgesuchte Konzession fernerhin nicht mehr auf Grund solcher Tatsachen oder Wahrnehmungen versagt werden, welche in anderer, den Geschäftsbetrieb nicht berührender Beziehung den guten Ruf oder die Unbescholtenheit des Antragstellers in Zweifel ziehen lassen.

Andererseits sind die Bestimmungen des § 68 der Verordnung vom 9.2.1849 und des Gesetzes, betreffend den Handel mit Garnabfällen etc., vom 5.6.1852, nach welchen die polizeiliche Erlaubnis zum Betriebe eines der dort

im § 49 der Gewerbeordnung erwähnten Betriebe zu versagen war, wenn die darüber zu vernehmende Kommunalbehörde nach Anhörung der Gemeindevertreter die Nützlichkeit und das Bedürfnis des beabsichtigten Gewerbebetriebs nach den örtlichen Verhältnissen nicht anerkennt, durch den Art.III des Gesetzes vom 22. v.M. aufgehoben.

Daraus folgt, daß fortan keinem der in Art.I § 49 aaO bezeichneten Gewerbetreibenden, welcher dem dort vorgeschriebenen persönlichen Erfordernisse genügt, die Konzession aus dem Grunde versagt werden darf, weil das Bedürfnis oder die Nützlichkeit seines Betriebs nicht anerkannt wird.

§ 50: Unternehmern von Tanz- oder Fechtschulen, Bade- oder Turnanstalten ist die nach § 40 zu a) erforderliche Genehmigung erst dann zu erteilen, wenn sie sich über ihre Unbescholtenheit und Zuverlässigkeit ausgewiesen haben.

§ 51: Die Geschäfte der Baukondukteure, Feldmesser, Nivellierer, Markscheider, Auktionatoren, See- und Binnenlotsen, Makler und Dispatcheurs und Gesindevermieter dürfen nur von denjenigen Personen betrieben werden, welche als solche von den verfassungsmäßig dazu befugten Staats- und Kommunalbehörden oder Korporationen angestellt oder konzessioniert sind.

§ 57: Die bisherigen Vorschriften über den Betrieb des Pfandleih- und des Trödlergewerbes bleiben ferner in Kraft. Jedoch wird den Ministerien vorbehalten, die in polizeilicher Hinsicht nötigen Abänderungen oder Ergänzungen zu treffen. Dieselben sind auch befugt, da, wo über den Betrieb jener Gewerbe keine derartigen Vorschriften bestehen, solche zu erlassen.

§ 57 geändert durch Gesetz v. 22.6.1861. (Zuständigkeitsvorschriften).

Titel III

Umfang, Ausübung und Verlust der Gewerbebefugnisse

§ 59: Wer zum selbständigen Betriebe eines stehenden Gewerbes befugt ist, unterliegt dabei nur denjenigen Beschränkungen, welche durch gesetzliche oder polizeiliche Bestimmungen angeordnet sind. Insbesondere darf er an seinem Wohnorte in festen Verkaufsstätten die Erzeugnisse oder sonstigen Gegenstände seines Gewerbebetriebs feilhalten, auch in und außer seinem Lokale bestellte Arbeiten vornehmen, ingleichen verkaufte Waren versenden und, soweit es nach Tit.IV zulässig ist, auf Märkten verkehren. Er ist befugt, die zum Betriebe seines Gewerbes erforderlichen Materialien und Werkzeuge zu

verfertigen, und unter Beobachtung der dieserhalb bestehenden Vorschriften überall anzukaufen und ankaufen zu lassen.

Zum Feilhalten und Anbieten der gewerblichen Erzeugnisse oder Dienste auf Straßen oder an anderen öffentlichen Orten außer der gewöhnlichen Marktzeit oder außerhalb der zum Marktverkehr bestimmten Plätze bedarf es der besonderen Erlaubnis der Ortpolizei-Obrigkeit.

§ 71: Die in den §§ 42, 43, 47, 50, 51 und 52 erwähnten Konzessionen, Approbationen und Bestellungen, so wie die Approbationen der Hebammen (§ 45) können von der Verwaltungsbehörde zurückgenommen werden, wenn die Unrichtigkeit der Nachweise dargetan wird, auf deren Grund solche erteilt worden, oder wenn aus Handlungen oder Unterlassungen des Inhabers der Mangel der erforderlichen und bei Erteilung der Konzession u.s.w. vorausgesetzten Eigenschaften klar erhellt. Inwiefern durch die Handlungen oder Unterlassungen eine Strafe verwirkt ist, bleibt der richterlichen Beurteilung überlassen.

Vorschriften aus dem Badischen Gewerbegesetz

Gewerbegesetz für das Großherzogtum Baden, nebst Vollzugsvorschriften, Erläuterungen und Verweisungen auf die einschlagenden Gesetze und Verordnungen. Nach den amtlichen Quellen bearbeitet von L. Turban, Karlsruhe 1862.

Art. 5 Bad. GewG:

Personen, welche wegen eines Verbrechens aus Gewinnsucht (Titel XXVI - XXXVIII des Strafgesetzbuches) bestraft sind oder wegen unredlicher Handlungsweise einen von ihnen bekleideten Dienst verloren oder sich als Pfleglinge in der polizeilichen Verwahrungsanstalt befunden haben, sind zum Betrieb sogenannter Commissions- oder Geschäftsbüros sowie Makler-, Boten-, Packer-, Spinner-, Trödler- und Pfandleiher-Gewerbe nicht befugt.

Die vorstehend genannten Personen, ferner diejenigen, welche wegen eines Verbrechens gegen die Sittlichkeit bestraft worden sind oder der Trunksucht verfallen sind oder einen ausschweifenden Lebenswandel führen, dürfen sich mit dem Verdingen von Gesinde, Vermieten von Schlafstellen, der Kostgeberei, mit der Errichtung und dem Betrieb von öffentlichen Bädern, Schaulstellungen, Tanzschulen und dergleichen nicht befassen.

Gesetz zur Abänderung der GewO vom 1. Juli 1883 (1)

Durch Art. 5 dieses Gesetzes trat anstelle des § 35 folgende Bestimmung:

Die Erteilung von Tanz-, Turn- und Schwimmunterricht als Gewerbe sowie der Betrieb von Badeanstalten ist zu versagen, wenn Tatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden in Bezug auf diesen Gewerbebetrieb dartuen.

Unter denselben Voraussetzungen sind zu versagen: der Trödelhandel (Handel mit gebrauchten Kleidern, gebrauchten Betten oder gebrauchter Wäsche, Kleinhandel mit altem Metallgerät, mit Metallbruch oder dergleichen), sowie der Kleinhandel mit Garnabfällen oder Dräuen von Seide, Wolle, Baumwolle oder Leinen und der Handel mit Dynamit oder anderen Sprengstoffen.

Dasselbe gilt von der gewerbsmäßigen Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten und bei Behörden wahrzunehmender Geschäfte, insbesondere der Abfassung der daraufbezüglichen schriftlichen Aufsätze, von dem Geschäft der gewerbsmäßigen Vermittlungsagenten für Immobilienverträge, Darlehen und Heiraten, von dem Geschäft eines Gesindevermieters und eines Stellenvermittlers, sowie vom Geschäft eines Auktionators. Denjenigen, welche gewerbsmäßig das Geschäft eines Auktionators betreiben, ist es verboten, Immobilien zu versteigern, wenn sie nicht von den dazu befugten Staats- oder Kommunalbehörden oder Korporationen als solche angestellt sind.

...

Die Begründung zu dem Gesetz von 1883 lautete im einzelnen (2):

Die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten, namentlich der Abfassung darauf bezüglicher schriftlicher Aufsätze bildet den Gegenstand eines Gewerbebetriebs, welcher seit dem Erlaß der GewO von 1869 keiner gewerbepolizeilichen Beschränkung mehr unterliegt, und sich großer Beliebtheit erfreute. Ermittlungen der Königlich Preußischen Regierung ergaben (nicht vollständig), daß sich im Jahre 1879 in Preußen etwa 6600 solcher Gewerbetreibender betätigten. Dabei wurden von 4947 erfaßten Gewerbetreibenden 58% als unzuverlässig bezeichnet. Nach den angestellten Ermittlungen wurde das Gewerbe in großem Umfange nicht nur von unfähigen, sondern auch von kriminellen, zum Teil bereits mit schweren Strafen belegten Personen ausgeübt, welche

(1) Gesetz vom 1.7.1883 (RGBl., S.159).

(2) siehe hierzu Rohrscheidt, GO 1901, S.191.

sich nicht von dem Interesse ihrer Mandanten, sondern lediglich von ihrer Gewinnsucht leiten ließen.

1. Gesetz zum Schutz des Einzelhandels vom 12.5.1933
(RGBl. 1933 I, S.262)

Art.II:

Die Gewerbeordnung wird wie folgt geändert: 1. Hinter § 35 a wird eine Vorschrift als § 35 b mit folgendem Inhalt eingefügt:

Die Ausübung des Handels mit Gegenständen des täglichen Bedarfs kann untersagt werden, wenn sich aus einer rechtskräftigen Verurteilung des Handeltreibenden wegen Betruges oder einer anderen strafbaren Verletzung fremden Vermögens oder wegen Wuchers oder aus wiederholter Verurteilung des Handeltreibenden wegen schweren Verstößen gegen das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb seine Unzuverlässigkeit in bezug auf den Gewerbebetrieb ergibt...

2. Gesetz über die Einschränkung der Verwendung von
Maschinen in der Zigarrenindustrie vom 15.7.1933
(RGBl. 1933 I, S.493)

§ 4:

(1) Mit Geldstrafe wird bestraft, wer vorsätzlich oder fahrlässig entgegen den Bestimmungen des Gesetzes ...

§ 5:

Ist nach § 4 rechtskräftig auf Strafe erkannt, so kann die zuständige Verwaltungsbehörde die Schließung des Betriebes des Verurteilten anordnen.

3. Gesetz über den Zusammenschluß von Mühlen vom
15.9.1933 (RGBl. 1933 I, S. 627)

§ 4:

- (1) Der Reichsminister für Ernährung und Landwirtschaft...
- (2) Er kann bestimmen, daß die Fortführung von Betrieben untersagt werden kann, wenn wegen einer Zuwiderhandlung gegen eine auf Grund dieses Gesetzes erlassene Vorschrift rechtskräftig auf Strafe erkannt ist.

4. Gesetz über den vorläufigen Aufbau des Reichsnährstandes und Maßnahmen zur Markt- und Preisregelung für landwirtschaftliche Erzeugnisse (Reichsnährstandsgesetz) vom 13.9.1933 (RGBl. 1933 I, 626)

§ 9 II:

Er (der Reichsminister für Ernährung u. Landwirtschaft) kann ferner bestimmen, daß die Fortführung von Betrieben untersagt werden kann, wenn wegen einer Zuwiderhandlung gegen eine auf Grund dieses Gesetzes erlassene Vorschrift rechtskräftig auf Strafe erkannt worden ist.

Niedersächsisches Gewerbezulassungsgesetz vom 29.12.1948 (GVBl., S.188):

§ 11:

(1) Die Behörde kann ein Unternehmen oder eine seiner Betriebsstätten auf Zeit oder Dauer ganz oder teilweise schließen, wenn sich auf Grund von Tatsachen ergibt, daß eine für die Leitung des Unternehmens oder einer seiner Betriebsstätten verantwortliche Person nicht die in bezug auf den Gewerbebetrieb erforderliche persönliche Zuverlässigkeit besitzt. Zuvor kann die Behörde eine Frist bestimmen, innerhalb deren die unzuverlässige durch eine zuverlässige Person ersetzt werden kann.

(2) Zur Vermeidung der Schließung kann dem Inhaber auf Antrag gestattet werden, den Betrieb, innerhalb einer bestimmten Frist an einen Dritten, der die persönlichen Voraussetzungen für den betreffenden Gewerbebetrieb erfüllen muß, zu verpachten. Der Pachtvertrag bedarf der Genehmigung.

(3) Die Behörde kann ein Unternehmen schließen, wenn es ohne die erforderliche Erlaubnis betrieben wird.

LEBENS LAUF

Ich wurde am 5.9.1939 als Tochter des Dr.phil. Franz Schüler und seiner Frau Antonie, geb. Risse, in Wiesbaden geboren. Nach dem Besuch der Volksschule in Königstein im Taunus und auf dem Feldberg im Schwarzwald wurde ich 1951 Schülerin des Richard-Wagner-Gymnasiums in Baden-Baden, wo ich 1958 das Abitur ablegte und den Scheffelpreis erhielt.

Nach einem Semester Philosophiestudium an der Freien Universität in Berlin wechselte ich in die juristische Fakultät über. Ab Sommersemester 1959 studierte ich an der Ludwig Maximilian-Universität in München; 1963 legte ich dort meine Erste Juristische Staatsprüfung ab.

Im Sommersemester 1964 setzte ich mein Studium an der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz fort.

Am 21.12.1965 bestand ich die mündliche Doktorprüfung.

